

Offentlige anskaffelser

Den rettslige kontrollen med oppdragsgivers vurderinger i
tildelingsfasen

Kandidatnr: 590

Veileder: Lasse Simonsen

Leveringsfrist: 15. januar 2003

Til sammen 39.238 ord

Dato 15. januar 2003

DEL I: INNLEDENDE BETRAKTNINGER

1	INNLEDNING	1
2	ENKELTE RETTSKILDEMESSIGE PROBLEMER	4
2.1	Innledning	4
2.2	Praksis fra EØS-rettslige domstolsorganer	4
2.3	Klagenemnda for offentlige anskaffelser	7
2.3.1	Innledning	7
2.3.2	Adgangen til å benytte Klagenemndas avgjørelser i senere søksmål	8
2.3.3	Avgjørelsens rettskildemessige betydning	9
3	VALG AV BESLUTNINGSMODELL - DE ULIKE	
	TILDELINGSREGIMENE	12
3.1	Innledning	12
3.2	Lavest pris	12
3.3	Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet	13
3.4	Forholdet mellom de to tildelingsregimene	14

DEL II: TILDELINGSKRITERIENE

4	INNLEDNING	16
5	DE ALMINNELIGE VILKÅRENE SOM STILLES TIL	
	TILDELINGSKRITERIENE	17
5.1	Tilkjenneivelse av kriteriet	17
5.2	Kriterienes utforming	20
5.2.1	Problemstillingen	20
5.2.2	Objektive tildelingskriterier	20
5.2.3	Presisering av tildelingskriteriene	24
5.2.3.1	Presentasjon av vilkåret	24
5.2.3.2	Presisjonsvilkårets betydning for hvilke aspekter som kan vurderes	25
5.3	Materielle skranker for tildelingskriterienes innhold	33
5.3.1	Problemstilling	33
5.3.2	Kriterielistens rettslige betydning	33

5.3.3	De grunnleggende kravenes betydning for tildelingskriterienes innhold	35
5.3.4	Tilknytning til kontraktsgjenstanden	40
5.3.4.1	Innledning	40
5.3.4.2	Rekkevidden av kravet om tilknytning	43
5.3.5	Må tilknytningen være av økonomisk karakter?	44
5.3.5.1	Innledning	44
5.3.5.2	Hvor fremtredende kan de ikke-økonomiske hensynene være?	47
5.4	Rettsutvikling - forslag til nytt direktiv	48
5.4.1	Kommisjonens forslag	48
5.4.2	Innspill på forslaget	49
5.4.3	Endret forslag til direktiv	50
6	OPPDRAKSGIVERS VALG AV TILDELINGSKRITERIER	51
7	LÆREN OM KONTRAKTSVILKÅR	55
7.1	Problemstilling	55
7.2	Beentjes-dommen	56
7.3	Kontraktsvilkår – anvendelsesområdet og begrensninger i bruken	58
7.4	Kontraktsvilkårenes betydning i konkurransen	59
7.4.1	Mislighold	59
7.4.2	Forbehold mot kontraktsvilkårene	60
7.4.3	Antesipert mislighold	60
7.4.4	Forholdet mellom kontraktsvilkår og kvalifikasjonskrav	62
8	UTVIKLINGEN I ADGANGEN TIL Å STILLE KRAV I ANSKAFFELSESPROESSEN	65
8.1	Nord-Pas de Calais-dommen	65
8.2	Prosessuell tilnærming	68
8.3	Absolutte tildelingskrav	68
8.4	Supplerende tildelingskriterier	70
8.5	Hva skyldes uklarhetene i Nord-Pas de Calais-dommen?	72
8.6	Anvendelsen av supplerende kriterier	74
8.7	Nord-Pas de Calais-dommens betydning for adgangen til å anvende kontraktsvilkår	75
8.8	Rettsutvikling – forslag til nytt direktiv	76
8.8.1	Kommisjonens opprinnelige forslag	76

8.8.2	Innspill på forslaget	77
8.8.3	Kommisjonens endrede forslag	77
9	<i>ADGANGEN TIL Å FREMME SEKUNDÆRE FORMÅL I</i>	
	<i>TILDELINGSFASEN</i>	78
9.1	Problemstilling	78
9.2	De materielle skrankenens betydning for adgangen til å fremme sekundære aspekter	79
9.2.1	De grunnleggende kravenes betydning	79
9.2.2	Tilknytningsvilkårets betydning	80
9.3	Supplerende tildelingskriterier som fremmer sekundære aspekter	83
9.4	Bør oppdragsgiver benytte adgangen til å fremme sekundære formål	84
10	<i>VEKTLEGGING AV FORHOLD VED LEVERANDØREN I</i>	
	<i>TILDELINGSFASEN</i>	87
10.1	Problemstilling	87
10.2	Det tradisjonelle utgangspunktet	88
10.3	Innvendinger mot det tradisjonelle utgangspunktet	92
10.4	Utviklingen innen fellesskapsretten	94
10.4.1	Innledning	94
10.4.2	Evans/Macfarlan-saken	94
10.4.3	Renco-saken	96
10.4.4	GAT-saken	98
10.5	Hvilke vurderinger kan lovlig foretas i tildelingsfasen	100

DEL III: FASTLEGGELSEN AV TILBUDENES INNHOLD

11	<i>INNLEDNING</i>	106
12	<i>TOLKNING AV TILBUDET</i>	106
13	<i>VURDERINGEN AV HVA SOM FYSISK TILBYS</i>	108
13.1	Problemstilling	108
13.2	Tilsidesettelse av tildelingsbeslutningen	108
13.3	Erstatningsansvar	114

DEL IV: EVALUERINGEN AV TILBUDENE

14	INNLEDNING	117
15	MÅLOPPNÅElsen PÅ TILDELINGSKRITERIENE	118
16	TILDELINGSKRITERIENES RELATIVE VERDI	125
16.1	Problemstilling	125
16.2	De rettslige normene som styrer vurderingen	126
16.3	Prioritering av tildelingskriteriene	128
16.3.1	Prioriteringens rettslige betydning	128
16.3.2	Er oppdragsgiver forpliktet til å forhåndsprioritere tildelingskriteriene?	130
16.4	Evalueringsmodeller	131
16.4.1	Utgangspunkter	131
16.4.2	Hensyn for og imot anvendelse av evalueringsmodeller	132
16.4.3	Tilkjenneivelse av evalueringsmodeller	133
16.4.3.1	Evalueringsmodeller som ikke er utarbeidet før tilbudsfristen	133
16.4.3.2	Evalueringsmodeller som er utarbeidet før tilbudsfristen	134
16.5	Rettsutvikling – forslag til nytt direktiv	137
16.5.1	Kommisjonens opprinnelige forslag	137
16.5.2	Innspill på forslaget	138
16.5.3	Kommisjonens endrede forslag	138
17	Litteraturliste	140

DEL I: INNLEDENDE BETRAKTNINGER

1 INNLEDNING

Tema for denne avhandlingen er de rettslige normene som styrer oppdragsgivers vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser. Tildelingsfasen kommer avslutningsvis i anskaffelsesprosessen, og det er i denne fasen oppdragsgiver avgjør hvilket tilbud som skal få tilslag på kontrakten det konkurreres om.

Avtaleinngåelsen ved offentlige organers anskaffelse av varer og tjenester er regulert av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69, heretter anskl, med to tilhørende forskrifter, forskrift om samordning av innkjøpsreglene for forsyningssektorene av 16. desember 1994 nr 1100, og forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr 616, heretter anskfo. Avhandlingen vil ta for seg reglene som gjelder for anskaffelser i klassisk sektor, og forskriftsbestemmelsene som gjelder for forsyningssektorene, vil derfor ikke bli behandlet.

De norske bestemmelsene bygger på fellesskapsrettslige direktiver som Norge er forpliktet til å følge gjennom EØS-avtalen. Bestemmelsene oppfyller også forpliktelser pådratt gjennom WTO-avtalen. Innholdet av anskaffelsesregelverkene i WTO og EØS er sammenfallende, men i motsetning til WTO-reglene er det fellesskapsrettslige regelverket konkretisert gjennom flere avgjørelser fra EF-domstolen. De rettslige normene som gjelder innenfor fellesskapsretten kommer derfor klarere til uttrykk enn WTO-reglene, noe som gjør EØS-regelverket lettere håndhevbart overfor norske domstoler. Av denne grunn vil avhandlingen ta utgangspunkt i forpliktelsene som følger av de fellesskapsrettslige reglene.

Oppdragsgivers valg av tilbud styres av normer av ulik art. Ved siden av de rettslige normene vil økonomiske normer være fremtredende i vurderingen. Drøftelsen vil

likevel begrense seg til å behandle de rettslige normene som regulerer oppdragsgivers vurderinger.

To rettslige sanksjoner er aktuelle for brudd på de rettslige normene i tildelingsfasen. En mulig følge er at beslutningen settes til side og oppdragsgiver må foreta vurderingen på nytt. Den andre følgen er at en leverandør blir tilkjent erstatning fordi han ble skadelidende på grunn av oppdragsgivers normbrudd. Felles for disse sanksjonene er at et brudd på en rettslig norm er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for at følgen skal inntreffe.

Når det gjelder domstolenes opphevingskompetanse, følger det av anskl § 7 at dersom valget av tilbud er foretatt i strid med loven eller forskriften, ”kan” domstolen sette beslutningen til side. Denne formuleringen tilsier at domstolen ikke har en ubetinget plikt til tilsidesettelse, men at vurderingen inneholder et visst element av skjønn. Forarbeidene støtter opp om en slik forståelse av ordlyden. I odelstingsproposisjonen gir departementet uttrykk for at kompetansen til å sette til side tildelingsbeslutningen ikke skal benyttes ved mindre, bagatellmessige overtredelser uten betydning for resultatet.¹ Tolkes loven i lys av forarbeidene, later det derfor til at brudd på rettslige normer bare skal føre til tilsidesettelse av beslutningen hvis feilen har fått innvirkning på resultatet.

Et brudd på rettslige normer er heller ikke tilstrekkelig for å pålegge oppdragsgiver et erstatningsansvar. For at et erstatningsansvar skal konstateres, må det foreligge et ansvarsgrunnlag. Et brudd på de rettslige normene kan i seg selv være tilstrekkelig til at det foreligger et ansvarsgrunnlag, men dette er ikke alltid tilfelle. Et ansvarsgrunnlag er heller ikke alene tilstrekkelig til at det skal konstateres et erstatningsansvar. I tillegg må det foreligge et økonomisk tap og en adekvat årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og tapet.

Oppgaven vil ikke drøfte de ytterligere betingelsene for at oppdragsgivers rettsbrudd skal bli møtt med rettslige sanksjoner. Årsaken til dette er at en slik utvidelse av temaet

¹ Jf Ot.prp. nr 71 (1997-98) s 67

ville sprengte rammene for oppgaven. I fortsettelsen er det derfor viktig å ha i mente at en konstatering av rettsbrudd ikke i seg selv er tilstrekkelig for å utløse rettsvirkninger.

Drøftelsen av hvilke rettslige normer som gjelder for vurderingene i tildelingsfasen, vil bli delt inn i tre hoveddeler. Først, i del II, behandles tildelingskriteriene, som setter rammene for oppdragsgivers evaluering av tilbudene. Deretter, i del III, drøftes adgangen til å etterprøve oppdragsgivers fastleggelse av det faktiske grunnlaget for evalueringen. Avslutningsvis, i del IV, er spørsmålet hvilke rettslige normer som styrer selve evalueringen av de konkurrerende tilbudene.

De ulike delene av avhandlingen kan sammenliknes med domstolens adgang til å prøve forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser. Avhandlingens tre deler tilsvarer da henholdsvis kravet om at vurderingen skal treffes på grunnlag av saklige hensyn, kravene til fastleggelse av faktum og kravet om at vurderingene ikke skal være vilkårlige eller sterkt urimelige. Av de rettslige normer som gjelder for kontroll av slike skjønnsmessige avgjørelser savnes reglene som gjelder for saksbehandlingen. Også ved offentlige anskaffelser har domstolene kompetanse til å prøve saksbehandlingen. Saksbehandlingsreglene som sådan faller imidlertid utenfor oppgavens problemstilling, og de vil derfor bare bli behandlet der de er en integrert del av temaet.

Inndelingen av stoffet er ikke foretatt med tanke på at delene skal være tilnærmet like store, og del II, tildelingskriteriene, er vesentlig større enn de øvrige. Årsaken til dette er at tildelingskriteriene setter de rettslige grensene for hvilke hensyn som kan tas i betraktning. Ettersom fastsettelsen av disse grensene i stor grad styres av rettslige normer, er det naturlig at denne drøftelsen er mer omfattende.

Samtidig med at denne oppgaven ble skrevet, har det i EF blitt arbeidet med et nytt direktiv for offentlige anskaffelser. Dette direktivet er pr dags dato ikke ferdig. Jeg har likevel valgt å gi en kort innføring i endringsforslag som kan ha betydning for rettstilstanden. Disse forslagene vil bli behandlet i tilknytning til rettsspørsmålene de behandler.

Drøftingen av de nye direktivreglene stopper ved Kommisjonens endrede forslag til direktiv. Innspill på dette forslaget, vil ikke bli behandlet selv om de er publisert før

oppgavens innleveringsfrist. Dette er et bevisst valg som er begrunnet i at det er Kommisjonens forslag som er oppe til behandling, og som eventuelt danner grunnlaget for det nye direktivet. De enkelte innspillene på dette forslaget får dermed bare innvirkning dersom de tas til følge. Ettersom verdien av en gjennomgang av innspillene følgelig er usikker, har jeg ikke funnet det hensiktsmessig å behandle innspillene på bekostning av oppgavens øvrige deler.

2 ENKELTE RETTSKILDEMESSIGE PROBLEMER

2.1 Innledning

De rettslige normene blir fastlagt på grunnlag av det norske regelverket for offentlige anskaffelser. Alminnelig juridisk metode vil bli lagt til grunn, og flere av de tradisjonelle rettskildene som lovt tekst, forarbeider og forskrift, vil bli anvendt. To rettskilder skiller seg imidlertid ut og påkaller særlig interesse. Disse kildene er praksis fra henholdsvis EØS-rettslige domstolsorganer og Klagenemnda for offentlig anskaffelser. Nedenfor vil det bli gjort nærmere rede for bruken av disse rettskildene ved offentlige anskaffelser.

2.2 Praksis fra EØS-rettslige domstolsorganer

Det norske anskaffelsesregelverket bygger på EØS-rettslige forpliktelser. Regelverkets bestemmelser har følgelig tilknytning til et annet rettssystem med sine egne rettskildefaktorer, og disse rettskildefaktorene kan virke inn på fastleggelsen av rettsreglenes innhold.

Det følger av ODA² art 32 at EFTA-domstolen har kompetanse til å avgjøre saker som gjelder forpliktelser etter EØS-avtalen. I henhold til art 33 er videre norske myndigheter forpliktet til å treffe de tiltak som er nødvendige for å oppfylle EFTA-domstolens avgjørelser. For Norges del er dermed EFTA-domstolen gitt en særlig kompetanse til å

² jf avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkingsorgan og en domstol

avgjøre tvister angående forståelsen av de EØS-rettslige reglene. For å oppfylle forpliktelsen til å følge EFTA-domstolens syn på rettsstilstanden kan norske domstoler be om uttalelser om pliktens nærmere innhold, jf domstoloven³ § 51a. EFTA-domstolens uttalelser er veiledende og dermed ikke bindende for avgjørelsen av rettsspørsmålet, men de skal uansett tillegges vesentlig vekt i rettsanvendelsen.⁴ Også i de tilfellene der det ikke anmodes om rådgivende uttalelser, er det antatt at EFTA-domstolen vil være normdannende for norske domstoler.⁵

Praksis fra EFTA-domstolen vil følgelig være en rettskildefaktor med stor vekt ved fastleggelsen av anskaffelsesregelverkets innhold. EFTA-domstolen har imidlertid ikke så langt uttalt seg om rettsstilstanden ved offentlige anskaffelser. Avhandlingen vil derfor ikke inneholde noen henvisning til praksis fra EFTA-domstolen.

Domstolsorganene innenfor EF har derimot avgjort et stort antall saker av betydning for rettsstilstanden på området. Det følger av EØS-avtalen art 6 at når norske domstoler anvender norske lovbestemmelser som søker å implementere fellesskapsrettslige regler, skal bestemmelsene tolkes i samsvar med praksis fra EF-domstolen. Etter ordlyden pålegger bestemmelsen domstolene bare en plikt til å vektlegge rettspraksis fra før undertegningen av EØS-avtalen. Høyesterett har likevel i flere saker lagt til grunn at bestemmelsen gir uttrykk for et generelt rettshomogenitetsprinsipp, slik at også senere avgjørelser fra EF-domstolen er sentrale rettskilder.⁶ Når norske domstoler fastlegger anskaffelsesreglenes nærmere innhold, vil dermed også praksis fra EF-domstolen tillegges betydelig vekt.

Domstolshierarkiet innenfor fellesskapsretten er bygd opp slik at EF-domstolen er den øverste domstolen. Under denne ligger Førsteinstansdomstolen hvis

³ jf lov om domstolene av 13. august 1915 nr 5

⁴ jf, Rt 2000 s 1811

⁵ se *EØS-rett* s 160.

⁶ Jf bla Rt 1997 s 1954 og Rt 1997 s 1965

avgjørelseskompetanse er regulert av EF-traktaten.⁷ Førsteinstansdomstolens avgjørelser kan ankes til EF-domstolen, og de EF-rettslige forpliktelsene er følgelig ikke endelig fastlagt før EF-domstolen har uttalt seg om spørsmålet. Førsteinstansdomstolen er imidlertid en del av det fellesskapsrettslige domstolsapparatet, og dens avgjørelser kan gi nyttig kunnskap om de fellesskapsrettslige forpliktelsene der EF-domstolen ikke har uttalt seg. I slike tilfeller bør også Førsteinstansdomstolens avgjørelser tillegges atskillig vekt i rettsanvendelsen.

Hva gjelder EF-domstolens avgjørelser, reiser bruken av uttalelser fra Generaladvokaten et særskilt metodespørsmål. Generaladvokatens oppgave er å komme med begrunnede forslag til de avgjørelsene som treffes av Domstolen, jf EF-traktaten art 222. Generaladvokatens forslag til avgjørelse behandler rettsspørsmålene grundig og kan derfor være et nyttig supplement til Domstolens avgjørelse hvor begrunnelsen ofte er knapp. Det kan likevel stilles spørsmål om hvilken rettskildemessig vekt disse uttalelsene skal tillegges.

Generaladvokatens innstilling kommenteres sjelden av Domstolen. Det er derfor vanskelig å vite hvordan Domstolen stiller seg til Generaladvokatens uttalelser. Når Domstolen kommer til et annet resultat enn Generaladvokaten, skal Generaladvokatens standpunkt ikke tillegges vekt. Mer usikkert er det imidlertid hvilken vekt standpunktene har når Domstolen kommer til samme resultat som Generaladvokaten. Samsvaret i konklusjonen kan tilsa at Generaladvokatens innstilling skal tillegges rettskildemessig vekt i denne sammenhengen. Selv om Domstolen kommer til samme resultat som Generaladvokaten, er det imidlertid ikke sikkert at begrunnelsen for standpunktet er den samme. Det er derfor uklart hvilken vekt Generaladvokatens innstilling kan tillegges i disse tilfellene.

⁷ Jf for eksempel EF-traktaten art 225.1, 230, 232, 235, 236 og 238.

2.3 Klagenemnda for offentlige anskaffelser

2.3.1 Innledning

Klagenemnda for offentlige anskaffelser, heretter bare Klagenemnda, er opprettet med hjemmel i anskl § 7a. Bakgrunnen for at Klagenemnda ble opprettet, var ønsket om å gi leverandørene effektive klagemuligheter. Ved offentlige anskaffelser opereres det med stramme tidsrammer, og den lange saksbehandlingstiden ved ordinær domstolsbehandling gjør derfor denne tvisteløsningsmekanismen mindre godt egnet. Gjennom Klagenemnda har aktørene fått et uavhengig tvisteløsningsorgan som ivaretar behovet for en rask og effektiv saksbehandling slik at håndhevelsen av reglene i lov om offentlige anskaffelser med forskrifter sikres.⁸

Klagenemndas saklige kompetanse er begrenset til å avgjøre tvister om rettigheter og plikter hjemlet i loven med tilhørende forskrifter, jf anskl § 7a første ledd. At tvister med grunnlag i loven omfattes, innebærer at også klager angående brudd på grunnprinsippene i anskl § 5 faller innenfor klagenemndas kompetanse. Selv om saksforholdet springer ut av en offentlig anskaffelsesprosess, er det imidlertid ikke gitt at Klagenemnda har kompetanse til å ta stilling til rettsspørsmålene som reises. Under forutsetning av at tvisten ikke samtidig reiser spørsmål om brudd på reglene nedfelt i anskl med tilhørende forskrifter, kan ikke Klagenemnda ta stilling til tvister om generell avtaletolkning eller alminnelig forvaltningsrett.

De nærmere retningslinjer for tvisteløsning i Klagenemnda er gitt i en egen forskrift, klagenemndforskriften.⁹ Det følger av klagenemndforskriftens § 1 at Klagenemndas avgjørelser er rådgivende. Klagenemndas kompetanse er videre begrenset til å avgjøre om lovens foreskrevne fremgangsmåte er fulgt, og nemnda uttaler seg som hovedregel ikke om eventuelle rettslige konsekvenser av brudd på anskaffelsesreglementet, jf klagenemndforskriften § 12 sjuende punktum. Dersom den finner grunn for det, kan Klagenemnda likevel uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt, jf klagenemndforskriften § 12 åttende punktum.

⁸ Jf Ot.prp 3 2000/2001 s 13 flg

⁹ jf Forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser, fastsatt ved kgl res 15. nov 2002.

2.3.2 Adgangen til å benytte Klagenemndas avgjørelser i senere søksmål

I og med at Klagenemndas avgjørelser kun er rådgivende, vil ikke partene ha noen rettslig plikt til å innrette seg etter disse. For å pålegge en part en rettslig handleplikt, må tvisten fremmes for de ordinære domstolene. Et spørsmål blir da om Klagenemndas avgjørelse av det konkrete saksforholdet kan fremmes for domstolene i deres behandling av saken.

Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisførsel slik at partene kan legge fram de bevis de mener er av betydning for saksforholdet. Tvistemålsloven¹⁰ § 197 legger imidlertid begrensninger på adgangen til å legge fram uttalelser som er innhentet ”i anledning av saken”. Avgjørende for om Klagenemndas avgjørelse kan fremmes, blir da om den er innhentet i anledning av saken.

At Klagenemndas avgjørelse er innhentet i anledning av saken, kan begrunnes med at såvel anmodningen om en avgjørelse fra Klagenemnda som søksmålet for domstolene har sitt grunnlag i konflikten mellom partene. Avgjørelsen vil dermed kunne benyttes som forberedelse til en senere rettssak ved at klageren får anledning til å teste sine synspunkter og eventuelt kan vise til støtte fra Klagenemnda i sin argumentasjon.

Verken anskl eller klagenemndforskriften gir noen avklaring på om tvistemålsloven § 197 er til hinder for at Klagenemndas avgjørelser skal kunne legges fram for domstolene i en senere rettssak. Det foreligger heller ingen avgjørelser fra Høyesterett om spørsmålet. I Rt 2002 s 637 avgjorde imidlertid Høyesteretts kjæremålsutvalg et liknende spørsmål angående adgangen til å benytte uttalelser fra Klagenemndas forløper, *Næringslivets Forum for Offentlige Anskaffelser*, i en senere rettssak.

Selv om et av formålene med å innhente uttalelsen var å benytte den i en eventuell senere rettssak, kom kjæremålsutvalget til at innhentingens også hadde hatt andre formål, nemlig å avklare den rettslige posisjonen og styrke muligheten for en minnelig løsning.

¹⁰ Jf lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr 6

Ettersom kjæremålsutvalget ikke anså muligheten til å benytte uttalelsen i en senere rettssak for å være det dominerende formålet, ble ikke tvistemålsloven § 197 ansett å være til hinder for fremleggelse av uttalelsen. Kjæremålsutvalgets avgjørelse er konkret begrunnet, og den skal derfor neppe gis generell anvendelse i forhold til uttalelsene. Dersom de foreliggende saksforholdene tilsier det, følger det likevel av kjennelsen at uttalelsene skal kunne legges fram.

Det er nærliggende å anta at spørsmålet om tvistemålsloven § 197 er til hinder for fremme av Klagenemndas avgjørelse, skal vurderes på samme måte. I likhet med uttalelsene fra *Næringslivets Forum for Offentlige Anskaffelser* er Klagenemndas avgjørelser et resultat av at kompetente jurister har uttalt seg om rettstilstanden på området. Klagenemnda foretar også en viss prøving av de faktiske forholdene i saken. Dette i motsetning til *Næringslivets Forum for Offentlige Anskaffelser* som la klagers versjon av faktum til grunn slik at uttalelsene hadde et visst hypotetisk preg. Når kjæremålsutvalget fant at disse uttalelsene kunne avklare den rettslige posisjonen og styrke mulighetene for en minnelig løsning, må dette desto mer gjelde for Klagenemndas avgjørelser der faktum til en viss grad er prøvet. Momentene som ligger til grunn for kjæremålsutvalgets vurdering vil dermed kunne tillegges betydning også i vurderingen om fremme av Klagenemndas avgjørelser.

Etter sin art vil følgelig en avgjørelse fra Klagenemnda kunne ha andre formål enn anvendelse i en senere rettssak slik at den ikke er innhentet i anledning saken. Hvorvidt dette faktisk vil være tilfelle, må imidlertid avgjøres ut fra en helhetsvurdering av de konkrete saksforholdene.

2.3.3 Avgjørelsens rettskildemessige betydning

Klagenemndas fastleggelse av anskaffelsesregelverkets rettigheter og plikter kan bidra til å korrigere lovstridig praksis. På denne måten kan Klagenemndas avgjørelser ha en pedagogisk effekt. Spørsmålet som vil bli behandlet her, er om avgjørelsene i tillegg skal tillegges rettskildemessig betydning.

Spørsmålet om avgjørelsenes eventuelle rettskildemessige betydning, kan deles inn i et spørsmål om avgjørelsene er relevante og et spørsmål om hvilken vekt de eventuelt skal

tillegges. Når det gjelder relevansspørsmålet, er det rådende synet at en hvilken som helst opplysning med tilknytning til temaet for tvisten er relevant. Av denne grunn har Høyesterett i flere saker benyttet uttalelser fra forvaltningsrettslige klageinstanser i rettsanvendelsen. Blant annet er sivilombudsmannens uttalelser om forvaltningens bruk av forkjøpsrett trukket inn i domspremissene i Rt 2000 s 1056, Stoplestog. Klagenemndas avgjørelser er derfor relevante i rettsanvendelsen såfremt de kan bidra til å klargjøre tvistetemaet.

Ettersom avgjørelsene er relevante, blir neste spørsmål hvilken vekt de skal tillegges. I rettsanvendelsen veies de relevante rettskildefaktorene opp mot hverandre, og vekten av en rettskildefaktor vil avhenge av hvilke andre rettskildefaktorer som foreligger, og hvor sterke argumenter som kan utledes av disse. Vekten av Klagenemndas avgjørelser kan derfor ikke bestemmes på generelt grunnlag, og denne drøftelsen vil bare forsøke å angi utgangspunkter for vektingen av avgjørelsene i forhold til det øvrige rettskildebildet.

Den følgende drøftelsen omhandler avgjørelsenes vekt som argumentbærere. I sin saksbehandling anvender Klagenemnda rettskildefaktorer med stor vekt for eksempel forskrift og rettspraksis. Domstolene vil derfor naturlig se hen til hvilke argumenter Klagenemnda har trukket ut av de rettskildefaktorene som har vært benyttet for å avgjøre det omtvistede spørsmålet. Når domstolen slutter seg til Klagenemndas forståelse av rettskildefaktorene, tillegges avgjørelsen derivativ vekt, og drøftelsen videre vil ikke omhandle denne derivative vekten. Spørsmålet som vil bli behandlet i det følgende, er i hvilken grad domstolene skal legge vekt på avgjørelsene nettopp fordi de kommer fra Klagenemnda. Denne problemstillingen vil komme på spissen når det er uklart hvilken rettsregel som skal utledes fra rettskildefaktorene. Et slikt uklart rettskildebilde kan for eksempel følge av usikkerhet omkring hvilken forståelse av regelverket som er lagt til grunn av EF-domstolen, eller av rettskildefaktorer som trekker i forskjellige retninger.

Rettsreglene som gjelder for offentlige anskaffelser er kompliserte, og rettskildebildet er uoversiktlig ettersom det består av mange rettskildefaktorer av ulik karakter. I Klagenemndas avgjørelser anvender jurister med særlig fagkunnskap rettskildefaktorene

i en domstolliknende prosess. Dette taler for at avgjørelsene som treffes, skal tillegges betydning for rettsanvendelsen.

En innvending mot å tillegge avgjørelsene stor rettskildemessig vekt, er at de skal fremmes for tingretten som første instans. Denne plasseringen i det hierarkiske systemet trekker i retning av at avgjørelsene bare skal tillegges begrenset betydning i rettsanvendelsen.

Organet ble imidlertid opprettet under forutsetning av at dets avgjørelser skal følges opp i praksis. Offentlige oppdragsgivere vil derfor innrette sin praksis etter de rettsreglene Klagenemnda utleder fra anskaffelsesregelverket. Der Klagenemnda gjennom flere saker fastholder sitt syn på rettstilstanden, vil avgjørelsene dermed etter hvert bli understøttet av fast og entydig praksis fra oppdragsgivers side.

Avgjørelsene er videre lett tilgjengelige for aktørene på markedet. I motsetning til for eksempel voldgiftsavgjørelser som holdes hemmelige, vil derfor leverandørsiden kunne ta Klagenemndas syn til etterretning. Ettersom bare et fåtall av sakene bringes inn for domstolene, vil Klagenemnda de facto være det autorative organet leverandørene forholder seg til. Etter alt å dømme vil dermed også leverandørsiden innrette seg etter praksisen fra Klagenemnda.

Klagenemndas avgjørelser vil følgelig etter hvert kunne utkrystallisere seg i en festnet praksis hos de involverte aktørene. Med grunnlag i Klagenemndas syn vil disse aktørene ha en forventning om at denne praksisen er i tråd med regelverket. Hensynet til denne forventningen tilsier at domstolene bør vise en viss varsomhet med å sette til side et syn fra Klagenemnda som har gitt seg utslag i en festnet praksis.

Selv om spørsmålet om vekten av avgjørelsene ikke kan besvares generelt, tilsier dermed de bakenforliggende hensynene at Klagenemndas avgjørelser skal tillegges en viss om enn ikke betydelig, vekt i rettsanvendelsen.

3 VALG AV BESLUTNINGSMODELL - DE ULIKE TILDELINGSREGIMENE

3.1 Innledning

Siktemålet for tildeling av kontrakt ved offentlige anskaffelser er gitt i anskfo § 10-2 (1). Av denne bestemmelsen følger det at oppdragsgiver kan velge mellom å tildele kontrakten ”utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen”, eller til det tilbudet som blir vurdert som ”det økonomisk mest fordelaktige”. At oppdragsgiver binder sin skjønnsfrihet på denne måten, er ikke ukjent i den tradisjonelle anbudsretten der man har hatt muligheten til å benytte tildelingsklausuler.¹¹

3.2 Lavest pris

Oppdragsgiver kan velge å tildele kontrakten til det tilbudet som har lavest pris. Dette tildelingsregimet svarer til det tradisjonelle ”billigst anbuds”-regimet. Av forskriftens bruk av ordet ”utelukkende” ser man at dette valget innebærer at det bare er de prisbærende elementene som vil være relevante i bedømmelsen av tilbudene. I konkurranser om lavest pris vil oppdragsgiver derfor ikke ha anledning til å legge vekt på andre aspekter ved tilbudet, for eksempel dets kvalitative sider.

Det sier seg selv at en slik begrensning av oppdragsgivers skjønnsfrihet ikke vil være hensiktsmessig ved enhver anskaffelse. I en konkurranse om å levere tilbudet med lavest pris, vil ikke leverandørene ha noen oppfordring til å gi et kvalitativt bedre tilbud enn det som oppfyller minstekravene i konkurransegrunnlaget. Konsekvensen kan dermed bli at oppdragsgiver ender opp med et kvalitetsmessig dårligere produkt enn han skulle ønske. Kjøp av rådgivningstjenester kan brukes som et eksempel på en anskaffelse der valg av ”lavest pris”-regimet vil være lite hensiktsmessig. I slike kontraktsforhold vil det kvalitative innholdet av tjenesten ha stor innvirkning på den samlede verdien av tilbudet. Dersom slike kontrakter tildeles bare på grunnlag av pris, er imidlertid oppdragsgiver forhindret fra å legge vekt på tjenestens kvalitet. Kontrakt vil dermed ikke kunne inngås med rådgivere som tilbyr en noe høyere pris, men med langt bedre kompetanse til å utføre arbeidet. Konkurransformen imøtekommer følgelig

¹¹ Se Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, s 682 flg.

ikke oppdragsgivers behov for å vektlegge tjenestens kvalitet, og risikoen for at innsparingen på prisen samlet sett blir ulønnsom, er høyst reell.

Ved kjøp av standardiserte produkter kan imidlertid gode grunner tale for at oppdragsgiver skal velge denne beslutningsmodellen. Kvaliteten på de tilbudte varene vil da være tilnærmet identisk, og det vil hovedsakelig være den tilbudte prisen som skiller tilbudene. I konkurranser om lavest pris er siktemålet for vurderingen langt mindre skjønnsbetont enn hva tilfellet er i konkurranser om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Ved valg av lavets pris vil følgelig leverandørens forutberegnelighet i prosessen styrkes. Dette kan igjen føre til økt deltakelse i konkurransen slik at prisen på det tilbudte produkt presses ned.

3.3 Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet

Ved valget av dette tildelingsregimet, skjer tildelingen av kontrakten på bakgrunn av en bredere vurdering der målet er å finne tilbudet som gir det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Det kan dermed hende at tilbudet med lavest pris ikke blir valgt fordi andre tilbud gir bedre kvalitet for pengene. De rettslige normene som regulerer oppdragsgivers vurderinger i konkurranser om tilbudet med lavest pris, vil også gjelde når det konkurreres om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I tillegg vil imidlertid dette tildelingsregimet reguleres av rettslige normer som ikke har paralleller i konkurranser om lavest pris. En behandling av de rettslige normer som gjelder ved valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet favner følgelig om samtlige rettsregler som gjelder ved valg av tilbud, også de som gjelder i konkurranser om lavest pris. Av denne grunn kommer oppgaven til å konsentrere seg om dette tildelingsregimet.

Det er forutsatt i anskfo § 10-2 (2) at vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, skal skje på bakgrunn av tildelingskriterier. Disse tildelingskriteriene skal gi uttrykk for hvilke elementer ved tilbudet som vil bli vurdert, og prisen er bare ett av disse momentene.

Et formål med bruken av tildelingskriterier er å gjøre oppdragsgivers vurdering av de innkomne tilbudene lettere. Når den skjønsmessige vurderingen spaltes ned i en

bedømmelse av hvor godt det enkelte tilbudet scorer på de ulike kriteriene, kan det bli lettere for oppdragsgiver å foreta avveiningen av tilbudets prismessige sider opp mot de kvalitetsmessige.

Gjennom en tydeliggjøring av behovene ved anskaffelsen, gis leverandørene også et bedre grunnlag for å utforme sitt tilbud i tråd med oppdragsgivers ønsker. Bruken av tildelingskriterier kan således føre til en mer effektiv utnyttelse av offentlige midler.

Fastleggelsen av vurderingens rammer ved hjelp av tildelingskriterier har også en side rettet mot en eventuell etterprøving av kontraktstildelingen. Uttrykket ”det økonomisk mest fordelaktige” tilbudet viser til et relativt skjønnspreget tema der domstolene vil være dårlig egnet til å overprøve forvaltningens avgjørelser. Når denne skjønnsmessige vurderingen spaltes opp i mer konkrete kriterier, er tanken at domstolene skal få bedre grunnlag for å overprøve oppdragsgivers vurderinger.

3.4 Forholdet mellom de to tildelingsregimene

I REFSA, det tidligere regelverket for statlige anskaffelser, var kontraktsformen avgjørende for hvilket tildelingsregime som ble benyttet. Her opererte man med ”lavest pris” ved vare- og tjenestekontrakter, og med ”det økonomisk mest fordelaktige tilbudet” ved bygge- og anleggskontrakter. I det någjeldende regelverket er det derimot ikke slik at kontraktstypen avgjør hvilket tildelingsregime det skal konkurreres etter. Etter ordlyden i anskfo § 10-2 (1) står oppdragsgiver fritt til selv å velge hvilket beslutningsalternativ som skal anvendes, og denne valgfriheten er også forutsatt i forarbeidene.¹²

Et spørsmål som da naturlig kan reises, er hva som blir følgen av at oppdragsgiver ikke eksplisitt har tatt stilling til hvilken beslutningsmodell som ønskes benyttet i konkurransen. Avgjørende for utfallet av dette spørsmålet blir om et av tildelingsregimene kan sies å være lovens deklarasjoniske hovedregel.

¹² Se bla NOU 1997:21 s 146

Ser man på ordlyden i § 10-2 (1), synes denne å indikere at de to alternativene er likestilte. En innvending mot denne forståelsen finnes imidlertid i § 10-2 (2) første punktum der det stilles krav om at tildelingskriteriene som skal benyttes for å konkretisere hva som ligger i ”det økonomisk mest fordelaktige”, må oppgis i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen. Dette innebærer at kriterier som ikke er oppgitt, heller ikke kan legges til grunn. En eventuell konkurranse om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville dermed ikke ha noen kriterier å vurdere tilbudene opp mot. Anskaffelsesregelverkets prosessuelle regler later derfor til å forutsette at dersom oppdragsgiver ønsker en konkurranse om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må dette gis til kjenne på forhånd.

Selv om oppdragsgiver ikke har opplyst hvilket grunnlag tilbudene vil bli vurdert etter, legger regelverket opp til en økonomisk vurdering. De prisbærende elementer vil derfor alltid være relevante. Dette kan tale for at ”lavest pris”-regimet legges til grunn som lovens deklarasjoniske hovedregel.

I KOFA 2003/11 blir spørsmålet behandlet i tilknytning til forskriften § 17-2. Denne bestemmelsen gjelder for anskaffelser under terskelverdiene, men har identisk ordlyd som § 10-2. Uttalelsene i avgjørelsen har derfor generell interesse. På bakgrunn av lovens systematikk og det faktum at prisen i disse tilfellene vil være det eneste objektive holdepunktet leverandørene har, kommer Klagenemnda til at tildelingen måtte baseres på hvilket tilbud som hadde lavest pris.

Regelverkets deklarasjoniske hovedregel synes derfor å være tildeling basert på lavest pris. Hvis oppdragsgiver ønsker å tildele kontrakten til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må dette følgelig gis uttrykkelig til kjenne på forhånd.

DEL II: TILDELINGSKRITERIENE

4 INNLEDNING

Tildelingskriteriene angir hvilke aspekter oppdragsgiver vil vurdere ved avgjørelsen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. EF-domstolen har slått fast i sak C-19/00, SIAC, at oppdragsgiver må "...fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet...".¹³ Rammene for evalueringen av tilbudene gis dermed av de angitte tildelingskriteriene. Den overordnede problemstillingen for denne delen av avhandlingen blir å finne ut hvilke rettslige normer som styrer bruken av slike tildelingskriterier.

På bakgrunn av anskaffelsesdirektivene og praksis fra EF-domstolen har man utledet enkelte alminnelige vilkår som tildelingskriteriene må oppfylle for å kunne anvendes i konkurransen. Enkelte av disse vilkårene er angitt i anskaffelsesdirektivene. Disse er implementert i anskl og anskfo og er av denne grunn håndhevbare for norske domstoler. De øvrige vilkårene må utledes gjennom en analyse av praksis fra EF-domstolen.

De alminnelige vilkårene som ikke eksplisitt angis i direktivene, har EF-domstolen utledet av anskaffelsesreglementets grunnleggende prinsipper som er implementert i anskl § 5. De domstolskapte vilkårene gir dermed uttrykk for en riktig tolkning av anskl § 5 og skal derfor håndheves av norske domstoler i tråd med prinsippet bak EØS-avtalen art 6.¹⁴ Dette synet er blant annet lagt til grunn av Klagenemnda i dens saksbehandling.¹⁵

¹³ jf sak C-19/00, SIAC, avsnitt 43

¹⁴ jf punkt 2.2

¹⁵ jf KOFA 2003/3 og KOFA 2003/59

Drøftelsen videre vil i punkt 5 vise hvilken adgang disse alminnelige vilkårene gir domstolene til å overprøve oppdragsgivers bruk av tildelingskriterier. Deretter vil det i punkt 6 bli drøftet om domstolens kompetanse til å prøve valget av tildelingskriterier går lenger enn til å prøve om de alminnelige vilkårene er oppfylt.

Avslutningsvis i denne delen om tildelingskriteriene vil to materielle problemstillinger bli drøftet.

Den første problemstillingen er hvilke muligheter oppdragsgiver har til å legge vekt på ikke økonomiske forhold i tildelingsfasen. Denne drøftelsen vil bli foretatt i punktene 7 til 9 på bakgrunn av praksis fra EF-domstolen som de senere årene synes å ha utvidet adgangen til å bruke tildelingsfasen til å fremme sekundære aspekter som miljøhensyn og sosiale hensyn.

Den andre problemstillingen som vil bli behandlet i punkt 10, er hvilken adgang oppdragsgiver har til å bruke tildelingskriteriene til å vurdere forhold ved leverandøren. Også på dette området har EF-domstolen åpnet for en økt adgang til fremme av hensynene gjennom tildelingskriteriene.

5 DE ALMINNELIGE VILKÅRENE SOM STILLES TIL TILDELINGSKRITERIENE

5.1 Tilkjennegivelse av kriteriet

Det følger av anskfo § 10-2 (2) første punktum at ”kriterier som vil bli lagt til grunn [skal] oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen”. Bestemmelsen pålegger oppdragsgiver å på forhånd gi tilkjenne de tildelingskriteriene som ønskes brukt i bedømmelsen av tilbudene. Plikten til å oppgi tildelingskriteriene som skal

benyttes, følger av direktivene, og EF-domstolen har flere ganger presisert at dette tilkjennegevingsvilkåret er ufravikelig.¹⁶

Det følger motsetningsvis av bestemmelsen at oppdragsgiver ikke kan legge vekt på andre aspekter enn de som er oppgitt på forhånd gjennom tildelingskriteriene. Denne regelen støttes opp av flere hensyn.

Ved at bedømmelsesparametrene angis på forhånd, gis leverandørene kunnskaper om hvilke behov kontraktsgjenstanden skal dekke. Denne kunnskapen gir leverandørene muligheten til å utforme sitt optimale tilbud målt ut fra oppdragsgivers ønsker. Den generelle nivåhevingen dette presumptivt medfører, bidrar til at oppdragsgivers ressurser blir brukt mer effektivt.

Kravet om tilkjennegivelse innebærer videre at potensielle leverandører på forhånd gis muligheten til å bedømme sine muligheter til å nå fram i konkurransen. At leverandører uten reell mulighet til å få tilslag på kontrakten, avstår fra deltakelse, vil være ressursbesparende både for leverandør- og oppdragsgiversiden. Tilkjennegivelsen av aspektene som skal vektlegges i vurderingen, øker også gjennomsiktigheten i prosessen i tråd med kravet til etterprøvbarehet.

At hensyn som ikke er fremmet gjennom tildelingskriteriene, ikke kan vektlegges, er lagt til grunn av Klagenemnda, og KOFA 2003/216 illustrerer hvordan bedømmelsesgrunnlaget på denne måten blir innsnevret. I en konkurranse for anskaffelse av et anlegg for optisk sortering av avfall, var tildelingskriteriene ”pris”, ”eventuelle forbehold fra tilbyder”, ”leveringstid” og ”erfaring fra tidligere leveranser” benyttet. I vurderingen av tilbudene hadde oppdragsgiver lagt vekt på

”den sikkerhet som følger av at EN [en leverandør] tidligere har levert mange anlegg, og mulighet for *’back-up-løsninger og andre fellesløsninger’* som følge

¹⁶ jf sakene C-19/00, SIAC, avsnitt 42; C-513/99, De finske bussene, avsnitt 64 og C-225/98, Nord-Pas de Calais, avsnitt 51

av at flere av leverandørens anlegg lå i relativt kort avstand fra Tromsø sentrum”.

Ettersom behovet for sikkerhet ikke var gitt tilkjenne gjennom tildelingskriteriene, fant Klagenemnda at tilbudene var bedømt i strid med anskfo § 10-2 (2) første punktum.

En annen side ved kravet om tilkjennegivelse er at samtlige oppgitte tildelingskriterier skal inngå i vurderingsgrunnlaget. Denne vurderingsplikten har en viss støtte i ordlyden i § 10-2 (2) første punktum, jf”...som vil bli lagt til grunn...”, og den understøttes videre av kravet om likebehandling, jf anskl § 5 første ledd. Grunnen til dette er at en adgang til å se bort fra et oppgitt tildelingskriterium ville kunne åpne for forskjellsbehandling. Denne faren for forskjellsbehandling har sammenheng med at tildelingskriteriene ofte er innbyrdes motstridende. Fremme av et tilbuds kvalitative sider vil for eksempel mange ganger føre til en høyere pris. Ved utformingen av tilbudet har leverandøren derfor måttet foreta en avveining av hvordan tilbudet i størst mulig grad skal tilfredsstillе samtlige tildelingskriterier. Dersom oppdragsgiver kunne trekke et tildelingskriterium ut av vurderingen, ville tilbud som i liten grad tok hensyn til dette bedømmelsesparameteret, få et uberettiget konkurransefortrinn i forhold til tilbud utformet i tråd med kriteriet. Da et slikt resultat ville være uforenlig med kravet om likebehandling, må konsekvensen bli at oppdragsgiver er forpliktet til å vurdere tilbudene opp mot samtlige av de oppgitte tildelingskriteriene. Denne regelen er også lagt til grunn av Klagenemnda i flere saker.¹⁷

Kravet om at tildelingskriteriene skal oppgis på forhånd, er et ledd i fastsettelsen av rammene for hvilke hensyn som kan og skal vektlegges ved bedømmelsen av tilbudene. Begrensningen som følger av tilkjennegivelsen, er av formell art og beror utelukkende på hvilke kriterier som er oppgitt. Hvilke materielle grenser anskaffelsesreglementet setter for de hensyn som kan fremmes gjennom tildelingskriteriene, behandles senere.

¹⁷ Se KOFA 2003/88, KOFA 2003/61 og 2003/178

5.2 Kriterienes utforming

5.2.1 Problemstillingen

Et vilkår om tilkjenneivelse er ikke tilstrekkelig for å sikre overholdelsen av de grunnleggende kravene. EF-domstolen har derfor i tillegg oppstilt to vilkår som regulerer utformingen av tildelingskriteriene. Disse vilkårene krever at tildelingskriteriene utformes slik at de gir anvisning på en objektiv vurdering og presist angir hvilke egenskaper som skal vurderes.

5.2.2 Objektive tildelingskriterier

Det første vilkåret er at tildelingskriteriene ikke skal utformes slik at de gir uttrykk for en vurdering som er overlatt til oppdragsgivers frie skjønn. Dersom oppdragsgiver kunne bruke vide og skjønnspregede tildelingskriterier, ville det åpne for at oppdragsgiver fremhevet gode sider ved enkelte leverandørers tilbud og la mindre vekt på sider der andre leverandørers tilbud utmerket seg. Under dekke av skjønnsfriheten ville oppdragsgiver i realiteten kunne vri bedømmelsen for å favorisere bestemte leverandører. Det grunnleggende kravet om etterprøvbarehet i prosessen forutsetter derfor at tildelingskriteriene skal angi et vurderingstema som kan måles på en noenlunde objektiv måte.

EF-domstolen trakk frem dette vilkåret om objektivitet i sak 31/87, Beentjes. I denne saken hadde oppdragsgiver gitt uttrykk for at det tilbudet som var mest akseptabelt, skulle tildeles kontrakten. Det lå utenfor EF-domstolens kompetanse å tolke hva oppdragsgiver hadde ment med denne formuleringen, men Domstolen presiserte likevel de rettslige rammene for tolkningen. Domstolen viser til at dersom dette grunnlaget for konkurransen bare var et uttrykk for det overordnede målet om å velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, var anskaffelsesreglementet overholdt. Hadde oppdragsgiver derimot ment å gi uttrykk for at valget av tilbud skulle skje ut fra hvilket tilbud som etter oppdragsgivers subjektive syn var best, var regelverket brutt. I sistnevnte tilfelle ville avgjørelsen helt og holdent vært overlatt oppdragsgivers skjønn, og kontrakten ville derfor ikke vært tildelt på grunnlag av objektive kriterier.¹⁸

¹⁸ jf sak 31/87, Beentjes, avsnitt 26 og 27

For å oppfylle vilkåret om objektivitet må tildelingskriteriene utformes slik at de kan gradere de konkurrerende tilbudene ut fra hvor godt de imøtekommer bestemte behov ved anskaffelsen. Denne graderingen foregår ved at tildelingskriteriene bedømmer tilbudenes kvalitative og kvantitative fortrinn. Drøftelsen videre vil søke avklart hvor strenge krav objektivitetsvilkåret stiller til tildelingskriterienes evne til å rangere tilbudene.

Et kvantitativt tildelingskriterium gir anvisning på en vurdering av den tilbudte mengde. Slike kriterier vil normalt benyttes for at oppdragsgiver skal utnytte ressursene sine effektivt, typisk ved at han får et større kvantum av en vare eller et gitt kvantum for en lavest mulig pris. Mengdebedømmelsen de kvantitative kriteriene legger opp til, er målbar og tilfredsstillende derfor kravet til objektivitet. Evalueringen av tilbudene etter oppfyllelsen av tildelingskriteriet ”tilbudt pris” kan brukes som eksempel. Her vil tilbudet med lavest pris få best uttelling, fulgt av tilbudet med nest lavest pris osv. Bedømmelsen av tilbudene overlates dermed ikke til oppdragsgivers skjønn, men avgjøres av objektivt konstaterbare fakta.¹⁹

Tildelingskriterier av kvalitativ karakter bidrar til å heve nivået på den varen oppdragsgiver går til anskaffelse av. Et eksempel på et tildelingskriterium av kvalitativ art kan være et tildelingskriterium som bedømmer den tilbudte varens funksjonalitet. Bedømmelsen av et tilbuds kvalitative sider innbyr typisk til skjønnspregede vurderinger, noe som er betenkelig ut fra kravet til etterprøvbarhet. Et eksempel kan være ønsket om at kjøretøy som skal anskaffes, skal være miljøvennlige. Dersom oppdragsgiver kunne gitt uttrykk for denne preferansen ved hjelp av et tildelingskriterium som ”miljøvern”, ville kriteriet favnet om nær sagt enhver form for miljøvennlighet. Kriteriet ville dermed ikke gitt noen føringer på hvilke konkrete aspekter oppdragsgiver skulle premiere, og hvordan ulike miljøforanstaltninger eventuelt skulle veies opp mot hverandre. Bedømmelsen av miljøvennligheten ville derfor vært overlatt til oppdragsgivers frie skjønn i strid med objektivitetsvilkåret.

¹⁹ se også punkt 15

Ønsker oppdragsgiver å fremme disse kvalitative fortrinnene ved tilbudet må derfor vurderingstemaet utformes annerledes.

For å sikre en rent objektiv bedømmelse av kriteriene har enkelte forfattere anført at også tildelingskriteriene som vurderer tilbudets kvalitative sider, skal kunne måles kvantitativt.²⁰ I eksempelet ovenfor kunne vurderingen av kjøretøyets miljøvennlighet blant annet vært bedømt på grunnlag av kriterier som ”utslippsnivå av CO2-gass”. Den skjønnsmessige bedømmelsen av miljøvennligheten ville på denne måten blitt uttrykt ved hjelp av et målbart vurderingstema som kunne bedømmes objektivt. Slik ville gjennomsiktigheten og etterprøvbareheten i prosessen vært sikret.

De kvalitative vurderingene lar seg imidlertid langt fra alltid kvantifisere på denne måten. Det virker som også EF-domstolen har anerkjent dette problemet ettersom Domstolen ikke har uttrykt noe absolutt krav om at de kvalitative vurderingene skal være kvantitativt angitt. For at objektivitetsvilkåret skal være oppfylt, må imidlertid tildelingskriteriene kunne anvendes objektivt og ensartet.²¹

Vilkåret om objektiv anvendelse av tildelingskriteriene skal heller ikke forstås slik at tilbudene skal rangeres på grunnlag av sikre opplysninger. Denne presiseringen følger av EF-domstolens avgjørelse i sak C-19/00, SIAC. I denne saken hadde oppdragsgiver anvendt et tildelingskriterium hvis vurderingstema først kunne avgjøres med sikkerhet etter at konkurransen var avsluttet. Ved bedømmelsen hadde en fagkyndig rangert tilbudene etter sannsynligheten for at de representerte den mest fordelaktige løsningen. Spørsmålet for EF-domstolen var om et slikt kriterium, som ikke vurderte foreliggende faktiske opplysninger, i realiteten ga oppdragsgiver et fritt skjønn. Domstolen kom til at kravet til objektivitet ikke var krenket og begrunnet sitt syn slik:

²⁰ Jf Dr Braun: “ The Use of Qualitative Award Criterie and the Difference between Award and Qualification Criteria: A note on T-4/01, Renco SpA v Council of the European Union”, Public Procurement Law Review 2003, s NA 116 på side NA 118

²¹ se for eksempel sak T-4/01, Renco, avsnitt 68

”Det forhold, at en ordregivende myndighed anvender en ekspertudtalelse til at vurdere en oplysning, der først bliver kendt med sikkerhed i fremtiden, er som udgangspunkt egnet til at sikre overholdelsen af denne betingelse.”²²

SIAC-dommen slår dermed fast at et kriterium som bare kan bedømmes ut fra sannsynlighetsbetraktninger, ikke i seg selv gir oppdragsgiver et ubetinget fritt skjønn i strid med objektivitetskravet. En annen side av saken er at når oppdragsgiver velger å benytte et slikt kriterium, stilles det andre krav til bedømmelsen av kriteriet.²³

Objektivitetsvilkåret er imidlertid til hinder for anvendelsen av tildelingskriterier som ikke vil kunne vurderes på grunnlag av faktiske omstendigheter. I sak C-448/01, *Wienstrom*, hadde oppdragsgiver benyttet et tildelingskriterium som premierte tilbud med strømforsyning fra vedvarende energikilder. Oppdragsgiver ville imidlertid ikke være i stand til å kontrollere hvorvidt opplysningene som ble gitt i tilbudet, faktisk stemte. Domstolen avviste bruken av kriteriet med følgende begrunnelse:

”En objektiv og gennemsiktig vurdering af de forskellige bud forudsætter, at den ordregivende myndighed faktisk er i stand til på grundlag af de oplysninger og beviser, der er fremlagt af de bydende, at vurdere, om deres bud opfylder kriterierne for tildeling. Det fremgår derfor, at når en ordregivende myndighed foreskriver et tildelingskriterium og angiver, at den hverken ønsker eller kan kontrollere nøjagtigheden af de bydendes oplysninger, tilsidesætter den princippet om ligebehandling, idet et sådant kriterium ikke garanterer gennemsigtighed og objektivitet i udbudsproceduren.”²⁴

Mens tildelingskriteriet i *SIAC-dommen* la opp til en sannsynlighetsvurdering som bygget på konstaterbare faktiske omstendigheter, kunne ikke kriteriet i *Wienstrom-dommen* vurderes på bakgrunn av faktiske forhold. Domstolen later til å resonnerer slik

²² jf sak C-19/00, *SIAC*, avsnitt 44

²³ se også punkt 13.2

²⁴ jf sak C-448/01, *Wienstrom*, avsnitt 50 og 51

at et kriterium hvis bedømmelse ikke bygger på et konstaterbart faktum, strider mot de grunnleggende kravene og således ikke fyller vilkårene til objektivitet.

5.2.3 Presisering av tildelingskriteriene

5.2.3.1 Presentasjon av vilkåret

Det andre vilkåret stiller krav til hvor presist tildelingskriteriene skal angi vurderingstemaene som legges til grunn i bedømmelsen. Dette vilkåret ble trukket fram av EF-domstolen i sak C-19/00, SIAC. I en konkurranse om blant annet utbygging av et kloakksystem, hadde irske myndigheter brukt tildelingskriteriet ”pris” og hevdet at kriteriet viste til de endelige kostnadene i forbindelse med oppdraget. SIAC, som hadde levert et tilbud med en lavere nominell pris enn leverandøren som fikk tilslaget, mente derimot at tildelingskriteriet ”pris” viste til prisen oppgitt i tilbudet. Et av spørsmålene som var oppe til avgjørelse, var om anskaffelsesdirektivene stiller krav til hvor presist tildelingskriteriene må være angitt.

Domstolen bygget sin avgjørelse på at kravet til likebehandling gjelder gjennom hele anskaffelsesprosessen, også ved leverandørenes utarbeidelse av tilbud. I tillegg til å utelukke at oppdragsgiver favoriserer enkelte leverandører, forutsetter likebehandlingskravet dermed at alle leverandører skal ha like muligheter til å utforme tilbud i tråd med oppdragsgivers ønsker. Dersom upresist angitte tildelingskriterier kunne anvendes, ville disse kunne åpne for at oppdragsgiver i ettertid valgte en forståelse av tildelingskriteriet som favoriserte bestemte leverandører. Tildelingskriterier som utvetydig angir hva oppdragsgiver akter å vurdere, gir derimot ikke en slik mulighet til å vri bedømmelsesparametrene. Av denne grunn fant Domstolen at det for å sikre etterlevelsen av gjennomsiktighets- og likebehandlingskravene måtte stilles krav til presisjonsnivået ved utformingen av tildelingskriteriene. Dette presisjonsvilkåret forutsetter at hvert tildelingskriterium må utformes slik at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å forstå hvilket vurderingstema som skal bedømmes.²⁵ Hvorvidt dette var

²⁵ jf sak C-19/00, SIAC, avsnitt 42

tilfelle i den foreliggende saken, lå det utenfor Domstolens kompetanse å avgjøre. (Irske domstoler kom senere til at kriteriet var tilstrekkelig presist angitt.)

Presisjonsvilkåret som oppstilles i SIAC-dommen innebærer at tildelingskriteriet må utformes slik at det entydig avgrenser vurderingstemaet. Dette kravet har nær sammenheng med kravet om objektivisering av tildelingskriteriene da begge stiller betingelser for utformingen av kriteriene. Kravene skiller seg likevel fra hverandre. Et tildelingskriterium som ikke tilfredsstiller kravet til objektivitet, overlater for stor del av vurderingen til oppdragsgivers skjønn. Upresist angitte tildelingskriterier gir derimot uttrykk for objektive vurderingstemaer. Problemet med disse kriteriene er imidlertid at selve avgrensningen av vurderingstemaet i en viss grad er overlatt til oppdragsgivers skjønn. Priskriteriet som ble behandlet av EF-domstolen i SIAC-dommen, kan belyse denne distinksjonen. Så vel den nominelle prisen som de totale kostnadene kunne bedømmes objektivt. En eventuell krenkelse av de grunnleggende kravene ville derfor bero på om kriteriet ga oppdragsgiver frihet til å velge hvilket av disse vurderingstemaene som ble lagt til grunn.

Konsekvensene av manglende overholdelse av de to vilkårene skiller seg også fra hverandre. Et tildelingskriterium som ikke er tilstrekkelig objektivisert, kan ikke benyttes i konkurransen. Er kriteriet derimot ikke tilstrekkelig presist angitt, kan det som regel benyttes. Den manglende presisjonen får imidlertid betydning for hvilke aspekter oppdragsgiver kan trekke inn i vurderingsgrunnlaget. I utgangspunktet favner tildelingskriteriet bare om de egenskapene som forstandige leverandører kan forstå at skal vurderes.

5.2.3.2 Presisjonsvilkårets betydning for hvilke aspekter som kan vurderes

For å kunne håndheve presisjonsvilkåret, må det avklares hvor tydelig vurderingstemaet skal defineres. Problemstillingen videre blir å finne ut hvilke grenser presisjonsvilkåret setter for oppdragsgivers adgang til å trekke egenskaper inn i bedømmelsen av tildelingskriteriene.

Det rettslige grunnlaget for problemstillingen er Domstolens formulering av presisjonsvilkåret i *SIAC-dommen*. Ettersom håndhevelsen av dette vilkåret ligger utenfor EF-domstolens kompetanse, gir ikke premissene i *SIAC-dommen* noe endelig svar på hvordan presisjonsvilkåret skal anvendes. Domstolen fastsetter likevel de rettslige rammene som settes av presisjonsvilkåret, og disse rammene må være styrende for hvordan vilkåret skal håndheves.

Det følger av Domstolens formulering av presisjonsvilkåret at oppdragsgiver bare kan legge vekt på aspekter som forstandige leverandører kan forstå at tildelingskriteriet er ment å vurdere. Vilkåret retter seg følgelig også mot leverandørene ved at det ikke kreves at ethvert forhold som ønskes vurdert, eksplisitt skal angis i konkurransegrunnlaget.

Ofte vil forstandige leverandører kunne identifisere tildelingskriteriets begrepsinnhold gjennom den sedvanlige forståelsen av kriteriets ordlyd. Et slikt tilfelle har man for eksempel der kriteriet ”drivstofforbruk” er benyttet med tanke på å identifisere tilbudet med det laveste forbruket av drivstoff. Når vurderingstemaet kan utledes av den felles forståelse av ordlyden, må leverandørene bære risikoen for sin eventuelle avvikende oppfatning.

Andre ganger har begrepet som er brukt, en såpass vag ordgrense at den språklige fortolkningen av tildelingskriteriet ikke alene er tilstrekkelig til å definere dets innhold. Tolkes tildelingskriteriet i lys av objektet for anskaffelsen, kan de nærmere innholdsmessige grensene likevel tenkes fastlagt. Eksempler kan gis gjennom anvendelsen av tildelingskriteriet ”kvalitet”. Isolert sett åpner dette kriteriet for en vektlegging av en mengde ulike faktorer, som for eksempel holdbarhet, funksjonalitet og driftsegenskaper. Det er dermed vanskelig å definere vurderingstemaet ut fra en ren språklig tolkning av kriteriets ordlyd. Ser man kriteriet i sammenheng med hva som er kontraktsgjenstanden, kan uklarhet rundt begrepets nærmere grenser likevel tenkes ryddet av veien. Ved innkjøp av biler vil kvaliteten typisk bero på bilens kjøreegenskaper, sikkerhet og holdbarhet. Er det derimot en rådgivningstjeneste som etterspørres, vil kriteriet gjerne sikte til en bedømmelse av faglig egnethet. I begge disse

tilfellene er det mulig å avklare hvilke egenskaper tildelingskriteriet primært sikter til, gjennom en tolkning av kriteriet i lys av objektet for anskaffelsen.

Gjennom en tolkning av tildelingskriteriet kan man således finne dets kjerneinnhold. Begrepets kjerneinnhold er de egenskapene som tildelingskriteriet etter sin ordlyd primært sikter til å bedømme. Egenskapene fremhevet i bil- og rådgivningseksemplene ovenfor, viser at kjerneinnholdet av tildelingskriteriet ”kvalitet” kan variere ut fra hva som er objektet for anskaffelsen.

Oppdragsgiver bør kunne forvente at en forstandig leverandør forstår at egenskaper som ligger innenfor tildelingskriterienes kjerneområde skal inngå i bedømmelsen. Så lenge vurderingstemaet følger av kriteriets ordlyd, eventuelt tolket i lys av anskaffelsens art, vil derfor ikke en nærmere presisering av tildelingskriteriet være påkrevd. Klagenemnda har også lagt dette synet til grunn i sin saksbehandling.²⁶

Presisjonsvilkårets betydning for oppdragsgivers avgrensning av vurderingstemaet beror derfor på hvilke grenser vilkåret setter for adgangen til å trekke mer perifere egenskaper inn i bedømmelsen. Som nevnt åpner enkelte tildelingskriterier etter sin ordlyd for at oppdragsgiver trekker inn flere aspekter enn de som ligger innenfor kriteriets kjerneområde. Spørsmålet som vil bli behandlet videre, er hvor omfattende begrensninger presisjonsvilkåret setter for adgangen til å vektlegge egenskaper utenfor tildelingskriteriets kjerneområde, men innenfor ordlydens grenser.

Hvis oppdragsgiver på forhånd har gjort det klart at han ønsker å legge vekt på bestemte, perifere egenskaper, er det klart at disse inngår i vurderingsgrunnlaget. Forutsetningen for drøftelsen er derfor at en slik presisering ikke har funnet sted.

Høyesterett har ennå ikke tatt stilling til hvor strengt kravet til presisering skal håndheves. Spørsmålet om hvilken adgang oppdragsgiver har til å trekke perifere egenskaper inn i bedømmelsesgrunnlaget, er derfor uavklart i norsk rett.

²⁶ jf KOFA 2003/38

Presisjonsvilkåret er bare ett av flere vilkår som stilles til tildelingskriteriene. En forutsetning for at oppdragsgiver skal kunne trekke perifere egenskaper inn i bedømmelsen, er derfor at de øvrige vilkårene respekteres. Klagenemndas avgjørelse i KOFA 2003/60 gir et eksempel på at vektlegging av perifere egenskaper var i strid med de materielle vilkårene.²⁷ Saken gjaldt anbudskonkurranse for anskaffelse av slamtømmingstjenester og et av tildelingskriteriene var ”miljøhensyn”. Dette tildelingskriteriet ble brukt til å legge vekt på at en av leverandørene hadde kort vei til oppdragsstedet slik at transporten av utstyr ville forurense mindre. Klagenemnda fant at forbudet mot diskriminering på grunnlag av lokal tilhørighet var til hinder for å legge vekt på leverandørens lokalisering, jf anskfo § 3-1 (3). Vektleggingen av dette forholdet under tildelingskriteriet ble avvist også fordi oppdragsgivers forståelse av kriteriets ordlyd ikke var forutsigbar for en forstandig leverandør. Ettersom de perifere egenskapene var vektlagt i strid med diskrimineringsforbudet, var det uproblematisk for Klagenemnda å komme til at de illegale hensynene heller ikke kunne vektlegges fordi de lå i tildelingskriteriets randsone.

Spørsmålet om hvilken adgang oppdragsgiver skal ha til å vektlegge perifere egenskaper, kom noe mer på spissen i KOFA 2003/74, og denne avgjørelsen kan tyde på at Klagenemnda akter å praktisere vilkåret strengt. Saken gjaldt spørsmål i forbindelse med en konkurranse om utarbeidelse av et forprosjekt for oppføringen av et sykehjem. Spørsmålet som er av interesse i denne sammenhengen, var om oppdragsgiver i bedømmelsen av tildelingskriteriene ”kompetanse” og ”pris” kunne vektlegge ””selve tilbudets innhold som bla oppgaveforståelse og brukermedvirkning’, ’helhetsgrepet plassering og utforming av bygget’, ’fordeling av ressursbruk’ og ’detaljering av romskjema’ ”. Kontrakten det ble konkurrert om, var av relativt kompleks art, og det kunne derfor tenkes at dette skulle tilsi en lempeligere anvendelse av presisjonsvilkåret slik at oppdragsgiver kunne legge vekt på de nevnte aspektene. Klagenemnda kom derimot til at oppdragsgiver ikke hadde anledning til å vektlegge de omstridte hensynene, og begrunner sitt syn med at:

²⁷ disse vilkårene behandles i punkt 5.3

”enkelte av elementene i prinsippet kan gi indikasjoner på leverandørenes kompetanse eller påvirke tilbudets pris. Det avgjørende må imidlertid være at deltakerne i konkurransen, så langt Klagenemnda kan se, ikke hadde tilstrekkelige forutsetninger for å forstå at innklagede ville legge vekt på disse elementene. Innklagedes egen tolking av innholdet i tildelingskriteriene fremstår som så vidt spesiell at det neppe kan legges til grunn at alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører vil tolke kriteriene på samme måte [mine understrekninger].”

Slik det er naturlig å forstå Klagenemnda, utelukket ikke tildelingskriteriene ”pris” og ”kompetanse” i seg selv at disse aspektene ble vektlagt. Aspektene oppdragsgiver ønsket å vektlegge, var videre tilknyttet kontraktsgjenstanden og egnet til å gi indikasjoner på leverandørenes kompetanse eller påvirke tilbudets pris. Det later derfor til at egenskapene ikke kunne fremmes utelukkende av den grunn at de lå i kriterienes randsone og at oppdragsgiver ikke hadde presisert at han ønsket dem vektlagt.

Selv om Klagenemnda tilsynelatende har valgt å legge seg på en linje der vilkåret om presisering praktiseres strengt, kan ikke dette vites med sikkerhet før en slik forståelse av vilkåret er gitt til kjenne i flere saker. Med det begrensede saksmateriale som per dags dato foreligger fra Klagenemnda angående dette spørsmålet, må nemdspraksisen kun tillegges liten vekt i rettsanvendelsen.

Klagenemndas anvendelse av presisjonsvilkåret støttes til en viss grad av de grunnleggende kravene. Kravene til gjennomsiktighet og likebehandling brukes av Domstolen til å begrunne vilkåret, og disse kravene vil derfor støtte opp om at vilkåret setter snevre rammer for adgangen til å vurdere perifere egenskaper.

Kravet om forutberegnelighet i prosessen, jf anskl § 5 tredje ledd, kan også underbygge en streng anvendelse av presisjonsvilkåret. Grunnen til dette er at leverandører som før utarbeidelsen av deres respektive tilbud kjenner premissene som vil bli lagt til grunn i evalueringen, vil ha et bedre grunnlag for å bedømme sine muligheter til å nå fram i konkurransen.

En streng håndhevelse av vilkåret er tilsynelatende også i tråd med den grunnleggende effektivitetsmålsetningen i anskl § 1. Årsaken til at upresist angitte tildelingskriterier er betenkelig i et effektivitetsperspektiv, er den økte risikoen for at leverandørenes potensiale ikke utnyttes maksimalt. Tvetydigheten av tildelingskriteriet ”pris” kan brukes som et eksempel for å belyse disse betenkelighetene. Etter en språklig forståelse av ordlyden kan ”pris” forstås både som prislappen på produktet og som produktets totale kostnader. Dersom to leverandører legger ulikt begrepsinnhold til grunn, vil de, selv om de skreddersyr sine tilbud i tråd med deres forståelse av tildelingskriteriet, levere forskjellige tilbud. Oppdragsgivers forståelse av kriteriet vil da kunne være avgjørende for hvilket av tilbudene som rangeres øverst. I prinsippet kunne imidlertid leverandøren med den avvikende tolkningen av tildelingskriteriet, ha levert det tilbudet som scoret best på kriteriet. Av denne grunn vil upresist angitte tildelingskriterier øke risikoen for at oppdragsgiver ikke forvalter sine ressurser effektivt ved å utnytte det maksimale potensialet i markedet.

Det kan likevel anføres viktige hensyn mot å håndheve presisjonsvilkåret så strengt at det utelukker muligheten for å legge vekt på egenskaper utenfor tildelingskriterienes kjerneinnhold. En av innvendingene mot en slik anvendelse er at oppdragsgiver bør være i en privilegert posisjon som innkjøper. Det er oppdragsgiver som har behov for anskaffelsen og som senere skal dra nytte av den. Dette taler for at han bør gis en viss frihet med tanke på hvilket tilbud han skal velge. Så lenge det materielle innholdet er i tråd med regelverket, kan det derfor anføres at de prosessuelle reglene ikke bør praktiseres så strengt at de i realiteten fratar oppdragsgiver retten til å velge det produktet som er best for ham.

En annen innvending er at en streng praktisering av presisjonsvilkåret vil gi oppdragsgiver tvilsrisikoen for hvordan tildelingskriteriet skal forstås. Dette innebærer at det vil være oppdragsgiver som må bevise at aspektet han ønsker vektlagt, ligger innenfor kjernen av tildelingskriterienes begrepsinnhold. En slik fordeling av bevisbyrden vil åpne for en rekke mer eller mindre velbegrunnede søksmål fra leverandører som ikke har nådd fram i konkurransen. Åpner man derimot for at oppdragsgiver skal ha en viss frihet til å legge vekt på perifere egenskaper, unngås disse konsekvensene.

Det er også andre betenkeligheter enn de rent prosessøkonomiske forbundet med at oppdragsgiver skal pålegges tvilsrisikoen for forståelsen av tildelingskriterienes innhold. Upresist angitte tildelingskriterier er ikke nødvendigvis et resultat av en forsømmelse fra oppdragsgivers side. Den manglende presisjonen kan også ha sin bakgrunn i en begrunnet tvil om hvorvidt en egenskap ligger innenfor tildelingskriterienes kjerneinnhold eller rett utenfor. Skulle oppdragsgiver være forpliktet til å opplyse om alle aspekter som ligger i grenseland, ville vilkåret kreve en svært grundig presisering av tildelingskriteriene. Da leverandørene ofte ville kunne ha sett for seg muligheten for at aspektene var ment å inngå i bedømmelsen, vil dette merarbeidet i en stor del av tilfellene innebære en unødvendig forvanskning og fordyring av prosessen.

Som disse innvendingene viser, vil svært strenge krav til utformingen av tildelingskriteriene gjøre det tungvint og dyrt å avholde konkurranser om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I ytterste konsekvens vil derfor en begrenset adgang til å vektlegge perifere egenskaper kunne medføre at oppdragsgiver ikke finner det hensiktsmessig å benytte denne konkurranseformen.

Det er med andre ord ikke gitt at en streng praktisering av presisjonsvilkåret er hensiktsmessig, og særlig galt kan resultatet bli der kontraktene det konkurreres om, er komplekse. I slike kontraktsforhold har oppdragsgiver sjelden den fulle oversikt over sine preferanser i forhold til anskaffelsen. Tvert imot er det ofte leverandørene som med sin fagkunnskap er nærmest til å vite hva slags produkt som er mest fordelaktig for oppdragsgiver. Leverandører vil for eksempel gjerne kjenne til kvalitetsmessige nyvinninger som kan være av betydning for den endelige utformingen av tilbudet. En streng praktisering av presisjonsvilkåret ville i slike tilfeller forhindre at oppdragsgiver kunne vurdere egenskaper hvis vurderingsbehov først ble kjent etter innlevering av tilbud. Konsekvensen ville da bli at oppdragsgiver på grunn av manglende kunnskaper mistet muligheten til å få det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. En begrenset adgang til å vektlegge perifere egenskaper ville i disse tilfellene motarbeidet det grunnleggende formålet om effektiv ressursbruk.

Domstolens utforming av presisjonsvilkåret later ikke til å være til hinder for at det praktiseres lempeligere ved komplekse kontrakter. Årsaken til dette er at vilkåret om presis utforming av tildelingskriteriene ikke er ubetinget. Presisjonsvilkåret rekker ikke lenger enn at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører skal forstå hvilket vurderingstema som legges til grunn.²⁸ Vilkåret har derfor en iboende dynamikk i og med at de krav som stilles til en forstandig leverandør, er avgjørende for hvor strengt vilkåret skal praktiseres.

Ved komplekse kontrakter vil som nevnt ofte leverandørene ha de beste forutsetningene for å vite hvilke aspekter oppdragsgiver har behov for å vurdere. I slike tilfeller vil da også en forstandig leverandør kjenne til problemene forbundet med en presis utforming av tildelingskriteriene. For en forstandig leverandør vil det dermed ikke komme som noen overraskelse dersom oppdragsgiver får behov for å vurdere egenskaper som ligger i tildelingskriterienes randsone.

Av denne grunn vil det ikke være noen åpenbar krenkelse av leverandørenes krav på forutberegnelighet at oppdragsgiver tillates å trekke enkelte perifere egenskaper inn i bedømmelsen. Såfremt det er ønsket om et best mulig tilbud som ligger til grunn for vurderingsbehovet, vil heller ikke en vektlegging være uforenlig med kravet til likebehandling. De grunnleggende kravene som begrunner presisjonsvilkåret er derfor ikke til hinder for at oppdragsgiver gis en viss mulighet til å vurdere perifere egenskaper ved komplekse kontrakter.

På det nåværende stadiet er det ikke avklart om anskaffelsesregelverket anerkjenner oppdragsgivers behov for en lempeligere praktisering av presisjonsvilkåret ved komplekse kontrakter. Utformingen av vilkåret samt de bakenforliggende hensynene trekker imidlertid i retning av at oppdragsgiver i konkurranser om slike kontrakter skal gis en viss anledning til å legge vekt på perifere egenskaper i bedømmelsen.

²⁸ jf sak C-19/00, SIAC, avsnitt 42

5.3 Materielle skranker for tildelingskriterienes innhold

5.3.1 Problemstilling

De vilkårene det hittil er gjort rede for, beskriver fremgangsmåten ved utformingen av tildelingskriterier. Andre vilkår regulerer tildelingskriterienes innhold og representerer dermed materielle skranker for tildelingskriteriene. I dette avsnittet vil det bli gjort rede for hvilke aspekter oppdragsgiver legitimt kan forfølge i tildelingsfasen.

5.3.2 Kriterielistens rettslige betydning

I anskfo § 10-2 (2) tredje punktum gis det anvisning på kriterier som kan brukes for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Denne listen er hentet fra de tilsvarende direktivreglene.²⁹ Et første spørsmål er om kriterielisten uttømmende regulerer hvilke tildelingskriterier oppdragsgiver kan velge mellom, eller om også andre kriterier kan anvendes.

Kriterielisten innledes med ”Det kan brukes slike tildelingskriterier som...”. Den naturlige forståelsen av frasen ”slike...som” er at den viser til en ubestemt mengde. At oppregningen ikke er ment å være uttømmende, støttes videre opp av at forkortelsen mv, er brukt avslutningsvis i bestemmelsen. Dette uttrykket gir klare føringer på at også andre kriterier kan tenkes benyttet.

EF-domstolen har da også lagt til grunn at andre kriterier enn de som er opplistet, kan anvendes.³⁰ Konklusjonen er derfor at kriterier som kan brukes til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, ikke er uttømmende angitt i § 10-2 (2) tredje punktum.

Ettersom kriterielisten i § 10-2 (2) tredje punktum ikke uttømmende angir hvilke kriterier oppdragsgiver kan velge mellom for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, er neste spørsmål om de opplistede kriteriene likevel har betydning for hvilke tildelingskriterier som kan benyttes.

²⁹ jf dir 93/36/EØF art 26.1 litra b; dir 93/37/EØF art 30.1 litra b og dir 92/50/EØF art 36.1 litra a.

³⁰ jf sakene C-19/00, SIAC, avsnitt 35 og C-513/99, De finske bussene avsnitt 54

At kriterielisten har praktisk betydning, er ikke tvilsomt. De oppregnede kriteriene angir eksempler på egenskaper ved anskaffelsen som typisk kan være av betydning i vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Dette kan hjelpe oppdragsgivere med å utarbeide kriterier til den enkelte anskaffelsen. Kriterielisten har derfor en pedagogisk verdi. Spørsmålet er om den også kan ha rettslige virkninger.

Praksis fra EF-domstolen viser at Domstolen ikke anstrenger seg unødig for å subsumere tildelingskriterier under oppregningen i § 10-2 (2) tredje punktum. I sak C-513/99, *De finske bussene*, var spørsmålet om oppdragsgiver i forbindelse med en anbudskonkurranse om busslinjer, kunne vektlegge hvor stor mengde med giftige gasser bussene slapp ut samt hvor høyt støynivået på bussene var. Trass i at dette er forhold det kunne vært nærliggende å subsumere under et av kriteriene ”kvalitet”, ”teknisk verdi” eller ”funksjonsmessige egenskaper”, unnlot Domstolen å gå inn på dette i sin drøftelse.

Selv om Domstolen ikke subsumerte de omtvistede tildelingskriteriene under de opplistede kriteriene i anskfo § 10-2 (2) tredje punktum, viser avgjørelsen at kriterielisten kan få betydning i rettsanvendelsen. Et ledd i Domstolens argumentasjon for at støy- og utslippsnivå kunne vektlegges i tildelingsfasen, var at kriteriet ”estetiske egenskaper” var nevnt i oppregningen.³¹ At kriterielisten anerkjenner de estetiske egenskapene, tar Domstolen til inntekt for at også forhold som ikke har rent bedriftsøkonomisk verdi, må kunne tillegges vekt i tildelingsfasen. I avgjørelsen var dette et av de avgjørende momentene for at miljøhensyn kunne tillegges vekt i tildelingsfasen. I *De finske bussene* bruker altså Domstolen de opplistede kriteriene som veiledning for å avgjøre hvilke kriterier som lovlig kan anvendes.³²

At de opplistede kriteriene kan benyttes på denne måten, kan man også se av sak 31/87, *Beentjes*. Denne dommen, som omhandler adgangen til å fremme sysselsettingen av

³¹ jf sak C-513/99, *De finske bussene*, avsnitt 55

³² se også punkt 5.3.5

langtidsarbeidsledige gjennom valg av leverandør, vil bli behandlet grundig senere.³³ Dommen inneholder uttalelser om alminnelige vilkår som gjelder for tildelingskriteriene, og i avsnitt 27 heter det at tildelingskriteriene skal gjøre det mulig å sammenlikne de ulike tilbudene og velge det mest fordelaktige ”...paa grundlag af objektive kriterier som dem, der eksempelvis er opregnet i direktivets artikel 29, stk 2 [min understrekning]”. Den understrekede delen av sitatet viser at Domstolen anser kriterielisten for å gi retningslinjer for hvilke tildelingskriterier som skal kunne benyttes.

Tildelingskriteriene som er opplistet i anskfo § 10-2 (2) tredje punktum, anses dermed å gi anvisning på vurderingstemaer som er i tråd med anskaffelsesreglementet. I rettsanvendelsen kan dette få betydning ved at tildelingskriterier som faller innenfor begrepsinnholdet til et av de opplistede kriteriene, som et utgangspunkt må kunne benyttes i anskaffelsesprosessen.

5.3.3 De grunnleggende kravenes betydning for tildelingskriterienes innhold

De grunnleggende kravene angitt i anskl § 5 har betydning for hvilke forhold oppdragsgiver kan fremme gjennom tildelingskriteriene. Disse kravene må respekteres i alle faser av konkurransen, og oppdragsgiver kan derfor ikke benytte tildelingskriterier hvis innhold strider mot diskrimineringsforbudet og kravene til likebehandling, etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet.

Av de grunnleggende kravene er det særlig forbudet mot diskriminering og kravet til likebehandling som legger begrensninger på hvilke tildelingskriterier som kan anvendes. Hvorvidt et tildelingskriterium har et innhold som krenker et av disse kravene, må avgjøres konkret etter å ha fastlagt de nærmere grensene for det aktuelle kravet. Rettspraksis vil i det følgende bli brukt for å belyse hvilke grenser de grunnleggende kravene setter for valget av tildelingskriterier.

³³ se punkt 7.2

I Rt 2001 s 1062, Nucleus-dommen, ble en forbigått leverandør tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse fordi oppdragsgiver hadde begått vesentlige feil ved tildelingen av en kontrakt. Saken ble avgjort på grunnlag av den tidligere lov om offentlige anskaffelser, men bestemmelsene som ble benyttet, hadde samme materielle innhold som i det nåværende regelverket. Avgjørelsen kan derfor tillegges betydning også for rettstilstanden etter den nye loven.

Et av spørsmålene Høyesterett behandlet, var om tildelingskriteriet ”gjennomføring” var evaluert i strid med de grunnleggende kravene. Oppdragsgivers begrunnelse for at leverandøren med den nest laveste tilbudsprisen, Tom Ottar, ble foretrukket framfor leverandøren med lavest pris, Nucleus, var følgende:

”...Plannemnda vektlegg så sterkt den kompetansen firmaet [Tom Ottar] har dokumentert gjennom vinnar-utkastet i idekonkurransen, og føremunene med at denne erfaringa kan trekkjast med vidare i prosjekteringsarbeidet. Etter Plannemnda si vurdering vil dette kunne meir enn oppvege skilnader i kostnader, slik det kjem fram i saksutgreiinga. Plannemnda ser også visse praktiske føremuner ved dette firmaet, då dei fleste av aktørane i prosjekteringsgruppa geografisk vil vere å finne i nærområdet til prosjektet.”

Høyesterett fant at oppdragsgiver hadde fastlagt bedømmelsesgrunnlaget i strid med anskaffelsesrettens grunnleggende krav. Ved å premiere Tom Ottars arbeid med utarbeidelsen av det utkastet som ble brukt i prosjekteringen, hadde oppdragsgiver gitt denne leverandøren et uberettiget konkurransefortrinn i forhold til de øvrige leverandørene. Førstvoterende fant derfor, med tilslutning fra de øvrige dommerne, at kravet om likebehandling var til hinder for å legge vekt på dette momentet i bedømmelsen av tilbudene.

Tom Ottars geografiske tilknytning var premiært fordi tre av leverandørens medlemmer holdt til i prosjekteringskommunen (Ålesund) mens Nucleus sine medlemmer var stasjonert i Oslo. Høyesterett avviste vektlegging av dette forholdet med den begrunnelse at anbudsgrunnlaget ikke inneholdt noe krav om at leverandørene skulle være til stede på anleggsplassen. Uten å ta stilling til spørsmålet antyder Høyesterett at

en vektlegging av forholdet vil kunne være i strid med forbudet mot diskriminering på grunnlag av lokal eller nasjonal tilhørighet, jf loven § 5 femte ledd bokstav a.

Nucleus-dommen viser dermed hvordan kravet til likebehandling og forbudet mot diskriminering legger føringer på hvilke forhold som kan vurderes.

Et klart eksempel på at forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet begrenser oppdragsgivers adgang til å vektlegge aspekter ved tilbudet, gir saksforholdet i KOFA 2003/128. Saken gjaldt en konkurranse i forbindelse med kjøp av parkeringsteknisk utstyr til bilparkeringsanlegg ved lufthavner. En av leverandørene aktet å samarbeide med en sveitsisk leverandør for levering av utstyr. Under evalueringen av tildelingskriteriene ”leveringssikkerhet” og ”servicenivå” hadde oppdragsgiver lagt vekt på at den sveitsiske leverandøren på det aktuelle tidsrommet ikke var etablert på det norske markedet og heller ikke hadde vært det de siste ti årene. Klagenemnda kom til at oppdragsgiver hadde handlet i strid med anskaffelsesreglementet, og begrunnet sitt syn slik:

”En del type tjenester selges først og fremst til det offentlige. Det å være etablert i det norske marked fra før av, skal ikke føre til slike fordeler at det i realiteten utestenger utenlandske konkurrenter som er nye på markedet. Det er også andre uttalelser i evalueringen enn de ovenfor påpekte som viser trekk av uønskede etableringshindrende holdninger.”

Ettersom forbudet mot diskriminering var til hinder for at oppdragsgiver la vekt på den manglende tilknytningen til det norske markedet, satte forbudet rammer for hva oppdragsgiver kunne legge vekt på ved evalueringen av det aktuelle tilbudet.³⁴

Det kan også hevdes at Rt 1998 s 1398, *Torghatten-dommen*, har en side rettet mot de grunnleggende kravenes betydning for avgrensningen av bedømmelsesgrunnlaget. Denne saken gjaldt mulige brudd på anskaffelsesreglementet i forbindelse med utlysning av konsesjon til en fergerute på anbud.

³⁴ Se også KOFA 2003/60

Avgjørelsen er avsagt før lov om offentlige anskaffelser trådte i kraft, og omhandler et tilfelle der anskaffelsen var et ledd i offentlig myndighetsutøvelse. Høyesteretts syn kan derfor ikke gis direkte overføringsverdi i forhold til problemstillingen som behandles. Ettersom konklusjonen bygger på regler med generell gyldighet ved offentlige anskaffelser, er Høyesteretts standpunkt likevel illustrerende for håndhevelsen av de grunnleggende kravene.

Den utlyste ferjestrekningen hadde tidligere blitt betjent av fylkets eget båtselskap, Møre og Romsdal Fylkesbåtar AS. Under bedømmelsen av tildelingskriteriet ”pris” hadde oppdragsgiver lagt vekt på at dette båtselskapet ville få økt tilskuddsbehov på andre ruter dersom det ikke fikk tilslag på kontrakten. Torghatten Trafikkselskap bestred at anskaffelsesreglementet åpnet for å trekke dette forholdet inn i vurderingen. Høyesterett kom til at det ikke var anledning til å legge vekt på det økte tilskuddsbehovet, og begrunner sitt syn slik:

”Fylkeskommunen hadde valget mellom å benytte anbud eller ikke. Men når den først valgte å benytte anbud, måtte den vurdere utgiftene på den aktuelle rutestrekningen isolert. Å legge vekt på de faste utgiftene til MRF [Møre og Romsdal Fylkesbåtar AS], som hadde en monopolstilling i området, ville være i strid med formålet med anbud som var å skape konkurranse.”

Høyesterett tolker altså tildelingskriteriet i lys av formålet med anskaffelsen og konkluderer med at en slik anvendelse strider mot det overordnede målet om størst mulig grad av konkurranse.

Det virker som om oppdragsgivers vektlegging av det økte tilskuddsbehovet også er i strid med det grunnleggende kravet om likebehandling av aktørene, jf anskl § 5 første ledd. Hvis dette aspektet skulle kunne anses relevant i vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, ville det innebære at tilskuddsbehovet til kommunens leverandør måtte trekkes inn i evalueringen av de øvrige leverandørenes tilbudte pris. Kompensasjon av tilskuddsbehovet i form av et påslag på de øvrige leverandørenes pristilbud, ville gi kommunens leverandør et konkurransefortrinn fordi

denne prisen ikke ble oppjustert. En vektlegging av det økte behovet for tilskudd ville således føre til at leverandørene ikke konkurrerte på like vilkår, og synes dermed å være uforenlig med likebehandlingskravet.

Siden kravet til likebehandling er motivert ut fra ønsket om å sikre størst mulig grad av konkurranse, blir resultatet av vurderingen etter likebehandlingskravet den samme som Høyesteretts vurdering opp mot konkurranseformålet. Aspekter, hvis vektlegging motvirker formålet om størst mulig grad av konkurranse eller strider mot kravet om likebehandling, kan derfor ikke vektlegges. Likevel kan det hevdes at en argumentasjon knyttet opp mot et konkret krav om likebehandling, ville vært fordelaktig ut fra ønsket om et oversiktlig rettsbilde. Gjennom praksis fra EF-domstolen har de nærmere grensene til likebehandlingskravet blitt klarlagt.³⁵ Ved å drøfte spørsmålet opp mot dette kravet, istedenfor i lys av den noe mer skjønsmessige vurderingen av hva som ligger i formålet om økt konkurranse, ville grensene for oppdragsgivers handlefrihet komme klarere frem, noe som igjen ville føre til økt forutberegnelighet for aktørene i prosessen. Fremme av problemstillingen som et spørsmål om kravet til likebehandling var oppfylt, ville også være i tråd med EF-domstolens måte å angripe spørsmålet på.³⁶

Ikke ethvert konkurransefortrinn er imidlertid i strid med kravet til likebehandling. EF-domstolens avgjørelse i C-513/99, *De finske bussene*, viser at oppdragsgiver kan legge vekt på såkalte naturlige konkurransefortrinn. I denne saken hadde oppdragsgiver benyttet et tildelingskriterium som premierte tilbud der bussene kjørte på naturgass. Ettersom det ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget hadde vært klart at kommunens eget busselskap var en av få leverandører som hadde tilgang på slik gass, var spørsmålet om dette kriteriet krenket kravet til likebehandling.

Domstolen kom til at

”...det forhold, at et af de kriterier, den ordregivende myndighed har valgt med henblik på at udpege det økonomisk mest fordelagtige bud, kun kunne opfyldes af et mindre antal virksomheder, heriblandt en virksomhed, der tilhørte den

³⁵ Se for eksempel sak C-243/89 og sak C-87/94

³⁶ Se l.c..

nævnte ordregiver, ikke i sig selv kan udgøre en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling”.³⁷

Selv om det aktuelle kriteriet reelt sett syntes å behandle leverandørene forskjellig, kom Domstolen til at kravet til likebehandling ikke var krenket. Gjennom praksis har Domstolen konkretisert kravet til likebehandling dit hen at like situasjoner ikke skal behandles ulikt og ulike situasjoner ikke skal behandles likt med mindre forskjellsbehandlingen er saklig begrunnet.³⁸ I den aktuelle saken ønsket kommunen å satse på miljøvennlige befordringsmidler. Formålet med tildelingskriteriet var derfor å bidra til at oppdragsgiver gikk til anskaffelse av busser best mulig tilpasset dette behovet. At kriteriet slo ulikt ut, hadde sin bakgrunn i at enkelte leverandører ikke var i stand til å levere et optimalt tilbud. Forskjellsbehandlingen var derfor begrunnet i ønsket om et best mulig tilbud, og følgelig saklig begrunnet. I tillegg kan det anføres at dersom oppdragsgiver bare skulle kunne benytte tildelingskriterier samtlige leverandører ville være i stand til å oppfylle, ville dette i seg selv kunne innebære en forfordeling av leverandører i strid med likebehandlingskravet.³⁹

Selv om tildelingskriteriet ga kommunens leverandør et konkurransefortrinn, kom Domstolen til at kriteriet ikke var i strid med likebehandlingskravet. Avgjørelsen viser følgelig at spørsmålet om hvorvidt et tildelingskriterium krenker et av de grunnleggende kravene, avgjøres etter en konkret bedømmelse der de nærmere grenser for anvendelsesområdet til det aktuelle kravet først må fastlegges.

5.3.4 Tilknytning til kontraktsgjenstanden

5.3.4.1 Innledning

Enkelte forhold oppdragsgiver ønsker å legge vekt på, kan ha en perifer sammenheng med anskaffelsen. Oppdragsgivers primærkompetanse ligger imidlertid i vurderingen av

³⁷ Se sak C-513/99, De finske bussene, avsnitt 85

³⁸ Se for eksempel sakene 13/63 avsnitt 28 og C-306/93 avsnitt 30

³⁹ Slik også Generaladvokaten i sitt forslag til avgjørelse avsnitt 149 flg

den gjenstanden som anskaffes. En mulighet til å legge vekt på andre forhold ville derfor øke risikoen for at oppdragsgiver ikke valgte det tilbudet som var økonomisk mest fordelaktig. Problemstillingen videre er om anskaffelsesreglementet oppstiller et vilkår om at tildelingskriteriene skal være tilknyttet kontraktens gjenstand og dermed utelukker bruk av kriterier med perifer sammenheng til anskaffelsen.

Det følger av anskaffelsesdirektivene at tildelingskriteriene skal benyttes til å avgjøre hvilket tilbud som er økonomisk mest fordelaktig.⁴⁰ Gjennom anskfo § 10-2 (2), jf § 10-2 (1) videreføres dette målet i det norske regelverket. EF-domstolen har i flere saker presisert at tildelingskriteriene må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.⁴¹

Det var lenge usikkert om dette kravet til identifikasjon innebar at tildelingskriteriene måtte være tilknyttet kontraktens gjenstand. Til støtte for et vilkår om tilknytning ble det anført at Domstolen i sak 31/87, *Beentjes*, lot til å anvende et slikt tilknytningsvilkår. Ettersom Domstolen tok uttrykkelig stilling til spørsmålet i sak C-513/99, *De finske bussene*, er det imidlertid unødvendig å gå nærmere inn på om dette virkelig var tilfelle.

Foranledningen til at Domstolen behandlet spørsmålet om tildelingskriteriene må være tilknyttet kontraktens gjenstand, var Generaladvokatens forslag til avgjørelse.

Generaladvokaten tok utgangspunkt i sak C-225/98, *Nord-Pas de Calais*, som omhandlet adgangen til å fremme et krav om ansettelse av langtidsarbeidsledige. I denne dommen tillot Domstolen at sysselsettingshensynet ble vektlagt i tildelingsfasen. Avgjørelsen åpner for mange nye tolkningsspørsmål og vil bli behandlet mer inngående senere.⁴² Det var uten innvirkning på det endelige resultatet at langtidsarbeidsledige ble benyttet til utførelsen av arbeidet. I sitt forslag til avgjørelse i *De finske bussene* hevder

⁴⁰ jf dir 93/36/EØF art 26, dir 93/37/EØF art 30 og dir 92/50 art 36

⁴¹ jf bla sakene 31/87, *Beentjes*; C-19/00, *SIAC* og C-513/99, *De finske bussene*

⁴² Se punkt 8

derfor Generaladvokaten at Domstolen i *Nord-Pas de Calais-dommen* i realiteten avviste at tildelingskriteriene skulle ha en tilknytning til kontraktsgjenstanden.⁴³

I *De finske bussene* tillot Domstolen at oppdragsgiver brukte tildelingskriteriene til å fremme tilbudenes miljøvennlighet. Generaladvokatens argumentasjon angående tilknytningskravet tas imidlertid ikke til følge. I domspremissene vises det til at oppdragsgivers oppgave i tildelingsfasen er å vurdere tilbudene. Tilbudene beskriver kontraktens gjenstand, og for å skille mellom de ulike tilbudene må kriteriene for tildeling følgelig være tilknyttet kontraktens gjenstand.⁴⁴

Gjennom påpekningen av tilknytningsvilkåret viser Domstolen at tilknytningen til kontraktsgjenstanden var en forutsetning for at miljøhensynene kunne fremmes. I sak C-448/01, *Wienstrom*, fastholder Domstolen at miljøhensyn bare kan fremmes der de er tilknyttet kontraktsgjenstanden.⁴⁵

Uttalelsene om tilknytning i *De finske bussene* er ikke begrunnet i det aktuelle saksforholdet, og Domstolens generelle tilnærningsmåte tyder på at vilkåret om tilknytning ikke er begrenset til miljøkriterier. Hittil har imidlertid ikke Domstolen uttrykkelig anvendt tilknytningsvilkåret i forhold til andre tildelingskriterier. Det er likevel mye som tyder på at det var dette vilkåret som ble utslagsgivende i Domstolens avgjørelse i sak C-315/01, *GAT*. I konkurranse om anskaffelse av en gatefeiemaskin hadde østerrikske myndigheter benyttet et tildelingskriterium som gjaldt muligheten for å besiktige de tilbudte maskinene innenfor en radius av 300 km fra etableringsstedet. EF-domstolen avviste bruken av dette kriteriet siden kriteriet ikke var ”af en sådan art, at det gør det muligt at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.⁴⁶ Domspremissene avklarer ikke hvorfor dette kriteriet ikke ble funnet egnet. At kriteriet

⁴³ Se Generaladvokatens forslag til avgjørelse avsnitt 110 flg

⁴⁴ Se sak C-513/99, *De finske bussene*, avsnitt 59

⁴⁵ Se sak C-448/01, *Wienstrom*, avsnitt 33

⁴⁶ Se sak C-315/01, *GAT*, avsnitt 72

muligens er i strid med likebehandlingsprinsippet, var imidlertid ikke utslagsgivende for vurderingen, noe Domstolen selv presiserer.⁴⁷

Et kriterium som begrenser avstanden oppdragsgiver må reise for å kontrollere varen, reduserer reiseutgiftene og vil således være økonomisk lønnsomt for oppdragsgiver. På den annen side er den potensielle gevinsten bare avhengig av hvor leverandøren har tilholdssted, og den har derfor bare betydning for utgiftene forbundet med bedømmelsen av kontraktsgjenstanden. Tildelingskriteriet hadde følgelig verken sammenheng med prisen eller kvaliteten på gatefeiemaskinen. En slik økonomisk fordel har trolig ikke en tilstrekkelig nær tilknytning til kontraktsgjenstanden. Uten at dette kan leses direkte ut av dommen, er det derfor mye som taler for at det var manglende tilknytning til kontraktsgjenstanden som førte til at Domstolen underkjente tildelingskriteriet.

Praksis fra EF-domstolen gir dermed grunnlag for å oppstille et generelt krav om at tildelingskriteriene må være tilknyttet kontraktsgjenstanden.

5.3.4.2 Rekkevidden av kravet om tilknytning

I de sakene hvor tilknytningsvilkåret er anvendt, har Domstolen gitt lite veiledning i spørsmålet om hvor strengt vilkåret skal praktiseres. På bakgrunn av hvilke aspekter som er tillatt ført og hvilke som ikke har blitt tillatt, kan man likevel trekke enkelte slutninger.

I den nevnte sak C-315/01, GAT, tillot ikke Domstolen at oppdragsgiver anvendte et tildelingskriterium uten betydning verken for tilbudets pris eller kvalitet. Denne anvendelsen av tilknytningsvilkåret tyder på at tildelingskriteriene må ha innvirkning på produktets kvalitative eller kvantitative sider for å ha den nødvendige tilknytningen.

I sak C-513/99, De finske bussene, bedømte ikke tildelingskriteriet bussene som sådan, men miljøskadelige følger av bruken av bussene. Vilkåret om tilknytning ble ikke ansett for å være til hinder for at oppdragsgiver fremmet miljømessige aspekter direkte knyttet

⁴⁷ jf sak C-315/01, GAT, avsnitt 73

til utnyttelsen av kontraktsgjenstanden. Tildelingskriterier som vurderer kvalitative eller kvantitative fortrinn når kontraktsgjenstanden brukes etter sitt formål, oppfyller dermed også tilknytningsvilkåret.

Det er imidlertid tvilsomt om oppdragsgiver kan legge vekt på hensyn knyttet til produksjonen av kontraktsgjenstanden. Gjennom fremhevelsen av tilknytningsvilkåret i *De finske bussene* avviste Domstolen trolig Generaladvokatens argumentasjon, og sysselsetting i produksjonen vil dermed ikke kunne vektlegges. Begrunnelsen for dette skillet later til å være at det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom måten et produkt blir fremstilt på, og det endelige produktet. Tildelingskriterier som vurderer produksjonsprosessen, vil derfor være uten innvirkning på tilbudets kvalitative og kvantitative sider. Denne begrunnelsen begrenser seg ikke til vurderinger av sysselsetting, slik at samtlige tildelingskriterier som legger opp til en vurdering av produksjonsprosessen, er uforenlige med tilknytningsvilkåret.

På grunn av det begrensede rettskildematerialet er det fortsatt uklart hvor strengt tilknytningskravet skal praktiseres. De foreliggende avgjørelsene fra EF-domstolen tyder imidlertid på at tilknytningsvilkåret krever at tildelingskriteriene påviser kvalitative eller kvantitative fortrinn med kontraktsgjenstanden eller anvendelsen av denne.

5.3.5 Må tilknytningen være av økonomisk karakter?

5.3.5.1 Innledning

Ettersom siktemålet med tildelingsfasen er å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, inngår tildelingskriteriene i en vurdering av økonomisk karakter. Kommisjonen har flere ganger påpekt at de opplistede kriteriene gir uttrykk for rent bedriftsøkonomiske aspekter, og med støtte i dette tatt til orde for at det kun er de bedriftsøkonomiske vurderingene som legitimt kan fremmes gjennom

tildelingskriteriene.⁴⁸ Problemstillingen videre blir å avgjøre om den tilknytningen tildelingskriteriene har til kontraktsgjenstanden, må være av økonomisk art.

Spørsmålet om tildelingskriteriene må ha en tilknytning av økonomisk karakter, ble behandlet av EF-domstolen i sak C-513/99, De finske bussene. Som nevnt tidligere var et av spørsmålene i denne saken om oppdragsgiver kunne bruke tildelingskriteriene til å premiere busser med lavt støynivå og lavt utslipp av nitrogenoksider. Det ble anført at miljøhensynene som ble vektlagt, var ulovlige fordi de ikke påviste noen bedriftsøkonomisk fordel for oppdragsgiver. Domstolen ble derfor nødt til å ta stilling til spørsmålet om tildelingskriteriene må fremme bedriftsøkonomiske aspekter.

Domstolen kom til at direktivene også åpner for vurderinger uten et økonomisk siktemål. Med støtte i opplistingen av kriteriet ”estetiske egenskaper” finner Domstolen at direktivene anerkjenner at

”...forhold, der ikke er rent økonomiske, kan have indflydelse på værdien af et bud set ud fra den nævnte ordregivende myndigheds side”.⁴⁹

Spørsmålet om tildelingskriteriet må vise til bedriftsøkonomiske vurderinger, besvares følgelig av Domstolen med at det ikke kan kreves at

” ethvert af de kriterier, den ordregivende myndighed udvælger med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, nødvendigvis skal være af rent økonomisk karakter. [min understrekning]”.⁵⁰

Domstolen åpner altså for at også tildelingskriterier uten direkte økonomisk betydning for oppdragsgiver kan anvendes. Det later likevel til at slike kriterier bare kan benyttes der de spiller inn på tilbudets verdi for oppdragsgiver. Selv om kriteriet ikke påviser

⁴⁸ se for eksempel KOM 2001/566 punkt 1.4.1 med videre henvisninger

⁴⁹ Se sak C-513/99, De finske bussene, avsnitt 55

⁵⁰ jf l.c

økonomiske fordeler med tilbudet, må de derfor likevel dekke et behov oppdragsgiver har med anskaffelsen.

De miljøhensynene oppdragsgiver hadde lagt vekt på, ble i *De finske bussene* ansett for å dekke et slikt behov. I sin avgjørelse av spørsmålet trekker Domstolen fram EF art 6 som pålegger statene å verne om miljøet. Statenes interesse i å verne om miljøet har med andre ord grunnlag i en konkret traktatforpliktelse. Ettersom anskaffelsesdirektivene er utformet for å harmonisere medlemsstatenes håndhevelse av traktatbestemmelsene, er det et grunnleggende mål at direktivbestemmelsene ikke skal tolkes så strengt at de er til hinder for at statene fører en anskaffelsespolitikk som er i tråd med sine traktatforpliktelser. Da tildelingsfasen bare er en av fasene i anskaffelsesprosessen, er likevel ikke dette forhold alene tilstrekkelig til å si at tildelingskriteriet var nødvendig for å dekke et behov. I spesifikasjonsfasen gis oppdragsgiver en vid anledning til å fremme miljøhensyn slik at anskaffelsesinstituttet som helhet ikke er til hinder for en praktisering i tråd med plikten til ivaretagelse av miljøet.

Hensynet til at direktivbestemmelsene skal tolkes i lys av de grunnleggende traktatbestemmelsene, har imidlertid ytterligere en side. Direktivene ble utarbeidet for å harmonisere medlemsstatenes lovgivning slik at begrensninger i retten til fri utveksling av varer og tjenesteytelser, jf EF-traktaten art 28 og 49, ble fjernet. Den traktatfestede retten til fri utveksling er imidlertid ikke ubegrenset. Det følger av EF-traktaten art 30 og art 55, jf art 46.1, at rettighetene kan begrenses blant annet ut fra hensynet til ”den offentlige sundhed”. Hensynet til miljøet kan derfor begrunne en innskrenkning i de frihetene direktivet søker gjennomført. Ettersom direktivenes oppgave er å gjennomføre de traktatfestede frihetene, kan det spørres om direktivet kan forby vektlegging av hensyn som begrunner innskrenkninger i disse frihetene. En slik forståelse ville ført til at direktivet satte strengere rammer for statenes handlefrihet enn de som følger av EF-traktaten art 28, jf art 30 og art 49, jf art 55, jf art 46.1, noe som ville gitt dårlig sammenheng i regelverket. Ettersom traktatforpliktelsene som ligger til grunn for direktivene, anerkjenner behovet fremme av miljøhensyn, tilsier hensynet til sammenheng i regelverket at miljøhensyn skal kunne implementeres i tildelingsfasen.

På bakgrunn av disse forhold kom Domstolen til at vektleggingen av de miljømessige forholdene dekket et legitimt behov hos oppdragsgiver og bidro til å øke tilbudets verdi.

5.3.5.2 Hvor fremtredende kan de ikke-økonomiske hensynene være?

I *De finske bussene* går ikke Domstolen lenger enn til å si at det ikke kan kreves at ”ethvert” tildelingskriterium er av økonomisk art. Valg av uttrykksform kan tyde på at Domstolen ønsker å begrense adgangen til å anvende tildelingskriterier som ikke påviser økonomiske fordeler. Uttalelsen om at ikke ethvert kriterium må være økonomisk motivert, er det naturlig å forstå slik at tildelingskriteriene i hovedsak skal være økonomisk motivert, men at det åpnes for unntak. Ved at vurderingen primært er av økonomisk karakter, kan Domstolen forstås slik at den legger en kvantitativ begrensning på omfanget og betydningen av de ikke-økonomiske kriteriene som benyttes i konkurransen.

Det konkrete faktum Domstolen hadde til behandling, kan tyde på at avgjørelsen skal forstås slik at hovedtyngden i vurderingen må ligge på det økonomiske plan. Ved poenggivning kunne tilbudene maksimalt oppnå 86 poeng på priskriteriet mens de miljømessige fordelene ble premiært med maksimalt 10 poeng. I tillegg ble det utdelt poeng for tilbudenes kvalitetsmessige sider. Ettersom priskriteriet telte nesten ni ganger så mye som miljøkriteriet, var det kun hvor det var liten prisforskjell mellom tilbudene, at de miljømessige aspektene kunne bli utslagsgivende for hvilket tilbud som ble ansett som mest fordelaktig. Bedømmelsen av tilbudene var dermed primært egnet til å identifisere tilbud med lavest pris, slik at vurderingen alt i alt var av økonomisk art.

Skal dommen forstås på denne måten, må vurderingen samlet sett fremstå som økonomisk motivert. For at den samlede bedømmelsen skal fremstå som økonomisk, må den totale vekten av de økonomisk relaterte tildelingskriteriene overstige vekten av tildelingskriteriene motivert ut fra andre preferanser. Bedømmelsen av om dette målet er nådd, må foretas konkret ut fra hvilke kriterier som er lagt til grunn i konkurransen, og hvor stor vekt de ulike kriteriene tillegges.

Domstolens avgjørelse i sak C-448/01, *Wienstrom*, kan imidlertid tenkes å trekke i en annen retning. I forbindelse med konkurranse om rammekontrakt for elektrisitetsforsyning hadde oppdragsgiver lagt vekt på muligheten til å levere strøm fra vedvarende energikilder. Dette tildelingskriteriet telte 45 % i avgjørelsen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige, og et spørsmål var om kriteriet var tillagt for stor vekt. Etter Domstolens syn hadde ikke dette ikke-økonomiske kriteriet fått for stor betydning for valget av tilbud.

Det at Domstolen godtar at ikke-økonomiske kriterier kan tillegges så stor vekt, kan tale mot at bedømmelsen alt i alt må framstå som økonomisk. Når miljøhensynet telte 45 % ville det kunne veie opp for relativt store prisdifferanser slik at oppdragsgiver ble gitt en relativt vid adgang til å fravike de bedriftsøkonomiske vurderingene. Det er likevel viktig å presisere at selv om forskjellen var liten, lå hovedtyngden i vurderingen på de økonomiske vurderingene også i denne saken. Domstolens uttrykksmåte kan også tyde på at dette var et grensetilfelle. Grunnen er at Domstolen sier at oppdragsgivers frihet til å bestemme tildelingskriterienes vekt forutsetter at ”...vægtningen muliggjør en samlet vurdering af de valgte kriterier med henblik på at udvælge det økonomisk mest fordelagtige bud [min understrekning]”. Ved å fremheve det økonomiske målet for tildelingsfasen synes Domstolen å ville presisere at de ikke-økonomiske forholdene tross alt ikke kan tillegges avgjørende vekt i vurderingen.

Avgjørelsen i *Wienstrom-saken* kan således forenes med et krav om at den samlede vurderingen må fremstå som økonomisk motivert. Den foreliggende praksis fra EF-domstolen tyder derfor på at de ikke-økonomiske tildelingskriterienes betydning i konkurransen er kvantitativt begrenset.

5.4 Rettsutvikling - forslag til nytt direktiv

5.4.1 Kommisjonens forslag

I sitt forslag til nytt direktiv foreslår Kommisjonen enkelte endringer av betydning for de materielle vilkårene som stilles til tildelingskriteriene.

En foreslått endring er at tilknytningsvilkåret skal lovfestes. Ved tildeling på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet heter det i forslaget at tildelingskriteriene skal være "...direkte forbundet med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt".⁵¹ Kommisjonen ønsker med dette å kodifisere tilknytningsvilkåret som er anvendt av EF-domstolen.

I forslagens art 53.1 foreslås det også presisert at tilbudet skal være det økonomisk mest fordelaktige for "de ordregivende myndigheter". Ved å kreve at det er oppdragsgiver og ikke samfunnet som helhet som må tilgodeses med de økonomiske fordelene ved tilbudet, tar Kommisjonen til orde for at tilbudene skal evalueres på grunnlag av bedriftsøkonomiske vurderinger. Dette vilkåret er en skjerping av dagens rettstilstand hvor det er en viss adgang til å benytte tildelingskriterier uten økonomisk tilknytning.

Kommisjonen foreslår videre at "miljømæssige karakteristika" skal legges til blant de oppregnede tildelingskriteriene. Dette er et klart signal om at Kommisjonen har sett viktigheten av å kunne fremme miljøhensyn i tildelingsfasen. Sosiale aspekter inngår derimot ikke i den foreslåtte kriterielisten. At sosiale aspekter ikke er opplistet trass i at spørsmålet om slike formål kan fremmes gjennom tildelingskriteriene har vært diskutert, er et signal om at Kommisjonen anser vurderingen av disse hensynene for ikke å høre hjemme i tildelingsfasen.

5.4.2 Innspill på forslaget

Regionsutvalget anfører at det foreslåtte tilknytningsvilkåret er for strengt.

Begrunnelsen er at tilknytningsvilkåret slik det er formulert, utelukker muligheten til å premiere miljøvennlige produksjonsprosesser i tildelingsfasen.⁵²

Både Regionsutvalget og Det økonomiske og sosiale utvalget er imidlertid positive til at miljøhensyn oppføres i kriterielisten, og begge utvalgene mener at sosiale aspekter bør være blant de opplistede kriteriene.⁵³ Det økonomiske og sosiale utvalget begrunner

⁵¹ jf COD 2000/115 art 53.1

⁵² jf CDR 312/2000 pkt 2.6.1

⁵³ se CDR 312/2000 pkt 2.6.8, og CES 515/2001 punktene 2.3 og 2.6

dette synet med at flere av de sosiale aspektene ivaretar grunnleggende rettigheter for borgerne. Disse rettighetene bør følgelig oppdragsgiver gis anledning til å ivareta ved sine anskaffelser. Risikoen for at sosiale tildelingskriterier blir brukt for å fremme politiske standpunkter i strid med de grunnleggende kravene, ønsker Det økonomiske og sosiale utvalget å minimere på samme måte som det tilsvarende problemet knyttet til bruk av miljøkriterier, ved at det utarbeides en veileder for sosiale innkjøp.

5.4.3 Endret forslag til direktiv

Ved utarbeidelsen av det endrede forslaget til direktiv tok Kommisjonen stilling til de mottatte innspillene angående tilknytningskravet. Regionsutvalgets forslag om at det også burde være adgang til å premiere miljøvennlige produksjonsmetoder, ble ikke tatt til følge.⁵⁴ Kommisjonen begrunner sitt standpunkt med at en vurdering av produksjonsprosessen ikke er hensiktsmessig i tilknytning til bedømmelsen av tilbudene. I tillegg har oppdragsgiver anledning til å fremme hensynet til en miljøvennlig produksjonsprosess i andre faser av konkurransen. Tas Kommisjonens direktivforslag til følge, innebærer det ingen annen endring av rettsstilstanden enn at tilknytningsvilkåret slik det er anvendt av Domstolen, eksplisitt angis i direktivteksten.

Et annet forslag som ikke ble tatt til følge, var å fjerne kravet om at den økonomiske fordelingen skulle tilfalle oppdragsgiver.⁵⁵ Bakgrunnen for dette synet angis å være at samfunnsøkonomiske fordeler ofte vil være vage og vanskelige å bedømme konkret. En implementering av slike hensyn i tildelingsfasen vil derfor gjøre det vanskelig å vurdere tilbudene opp mot hverandre på bakgrunn av forholdet mellom prisen og tilbudenes kvalitetsmessige sider. I tillegg anføres det at anskaffelsesinstrumentet bør brukes til innkjøp og ikke til å fremme ulike sektorpolitiske hensyn. Får Kommisjonens forslag gjennomslag vil det derfor ikke lenger være adgang til å benytte tildelingskriterier uten bedriftsøkonomisk verdi.

Heller ikke forslaget om at sosiale aspekter skal være blant de opplistede kriteriene, tas til følge. Av de sekundære aspektene er det altså bare miljøhensyn som foreslås

⁵⁴ se COM 2000/236 endringsforslag 176

⁵⁵ se l.c.

eksplisitt angitt. Ettersom kriterielisten ikke er uttømmende, er det vanskelig å si hvilken reell betydning dette vil ha. Dersom de alminnelige vilkårene er oppfylt, vil det uansett være anledning til å fremme sosiale aspekter gjennom tildelingskriteriene. Det foreslåtte vilkåret om at tildelingskriteriene skal påvise bedriftsøkonomiske fordeler, ser ut til å være mer avgjørende for adgangen til å fremme sekundære aspekter enn en eventuell positiv tilkjennegivelse i kriterielisten. Dersom forslaget får gjennomslag, vil sekundære aspekter bare kunne fremmes der det er bedriftsøkonomisk lønnsomt. Trass i at miljøhensyn er eksplisitt angitt i direktivforslaget, later det derfor til at adgangen til å fremme miljøhensyn blir snevrere etter det nye direktivet.

6 OPPDRAGSGIVERS VALG AV TILDELINGSKRITERIER

Som påvist krever anskaffelsesreglementet at tildelingskriteriene oppdragsgiver anvender i konkurransen, skal oppfylle enkelte alminnelige vilkår. Selv om de angitte tildelingskriteriene tilfredsstiller de alminnelige vilkårene, kan det likevel være uenighet om hvor hensiktsmessig oppdragsgivers utvalg av kriterier har vært. Eventuelle innvendinger kan være begrunnet med at oppdragsgiver har latt være å benytte et tildelingskriterium som for andre kunne virke nødvendig, eller det kan være uenighet om hvorvidt et angitt tildelingskriterium påviser reelle behov ved anskaffelsen. Spørsmålet som vil bli behandlet i det følgende, er om oppdragsgiver står fritt til å velge hvilke tildelingskriterier som skal benyttes, så lenge kriteriene er i tråd med de alminnelige vilkårene.

På bakgrunn av praksis fra EF-domstolen ser ikke fellesskapsretten ut til å kreve en mer dyptgående overprøving enn avgjørelsen av om de alminnelige vilkårene er oppfylt. I sak 31/87, Beentjes, uttalte Domstolen i avsnitt 19 at "...det andet alternativ [konkurranse om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet] overlader de ordregivende myndigheder valget af de kriterier for tildeling af kontrakten, som de agter at laegge til grund,...". Denne passasjen kan tyde på at oppdragsgiver står relativt fritt til å velge hvilke tildelingskriterier som skal benyttes. Dog presiseres dette utgangspunktet

umiddelbart etterpå dit hen at valget er begrenset til kriterier som "...har til formaal at identificere det oekonomisk mest fordelagtige tilbud". Denne begrensningen innebærer imidlertid ikke annet enn at de alminnelige vilkårene som stilles til tildelingskriteriene, må være oppfylt. Domstolens syn på overprøvingskompetansen i *Beentjes-dommen* er stadfestet i flere senere saker.⁵⁶ Fellesskapsretten later dermed ikke til å stille andre krav til utvelgelsen av tildelingskriteriene enn at de alminnelige vilkårene skal være oppfylt.

En slik begrensning i prøvelsesintensiteten ligger også til grunn for avgjørelsen i sak C-448/01, *Wienstrom*. I denne saken hadde oppdragsgiver benyttet et tildelingskriterium som premierte tilbud der elektrisitet fra vedvarende energikilder ble anvendt. Ettersom oppdragsgiver var ute av stand til å kontrollere hvorvidt elektrisiteten faktisk stammet fra slike kilder, ble det anført at kriteriet var ulovlig fordi det ikke bidro til å realisere sitt formål. Domstolen kom til at kriteriet ikke kunne anvendes fordi det ikke tilfredsstilte kravene til objektivitet. At tildelingskriteriet tilsynelatende ikke var formålstjenlig, var derimot ikke avgjørende for lovligheten, noe Domstolen begrunner slik:

"For så vidt angår den forelæggende rets spørsmål om, hvorvidt det i hovedsagen omhandlede tildelingskriterium tilsidesetter fællesskabsbestemmelserne, i det omfang det ikke nødvendigvis er egnet til at bidrage til fremme af produktion af elektricitet fra vedvarende energikilder, er det tilstrækkeligt at anføre, at selv om det lægges til grund, at dette faktisk er tilfældet, kan et sådant kriterium ikke alene af den grund, at det ikke nødvendigvis gør det muligt at nå det tilsigtede mål, anses for at være uforeneligt med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter [min understrekning]."⁵⁷

⁵⁶ Jf sakene C-324/93, *Evans/Macfarlan*, avsnitt 42; C-19/00, *SIAC*, avsnitt 36 og C-513/99, *De finske bussene*, avsnitt 59

⁵⁷ jf sak C-448/01, *Wienstrom*, avsnitt 53

At Domstolen ikke fant at manglende formålstjenlighet var tilstrekkelig til å underkjenne et tildelingskriterium, tyder på at Domstolen anser sin kompetanse til å prøve oppdragsgivers vurderinger for å være begrenset til å avgjøre om de alminnelige vilkårene er oppfylt.

Praksis fra Klagenemnda er uklar med tanke på hvor stor overprøvingskompetanse nemnda anser norske domstoler for å ha. I KOFA 2003/59 uttalte Klagenemnda at:

”Det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiveren har et visst skjønn med hensyn til hvilke kriterier som skal legges til grunn for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene skal imidlertid være knyttet til kontraktens gjenstand, og kan heller ikke være så vage at de i realiteten gir oppdragsgiveren et ubetinget fritt valg, jfr. EF-domstolens sak i C-513/99 (Concordia Bus Finland). I tillegg må kriteriet være relevant for tilbudets verdi...”

Formuleringen om at oppdragsgiver har et ”visst” skjønn, tyder på at skjønnsfriheten ikke er uinnskrenket. Umiddelbart etterpå presiserer Klagenemnda begrensningene i skjønnsfriheten dit hen at de alminnelige vilkårene må være oppfylt. I denne saken virker det derfor som Klagenemnda har lagt seg på samme linje som EF-domstolen i synet på overprøvingskompetansen.

Avgjørelsen i KOFA 2003/201 kan imidlertid trekke i en annen retning. Saken gjaldt spørsmål i forbindelse med konkurranse om prosjektering og bygging av en skole, og Klagenemnda uttalte følgende om kompetansen til å prøve valget av tildelingskriterier: ”Ved valg av tildelingskriterier har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som bare kan overprøves dersom det er uforsvarlig”.

Med denne passasjen ser Klagenemnda ut til å bringe et nytt moment inn i bedømmelsen ved at oppdragsgivers valg av tildelingskriterier må være forsvarlig. Klagenemnda angir ikke noe rettslig grunnlag for kravet til forsvarlig valg av tildelingskriterier, men trolig er det anskfø § 3-1 (2) som ligger til grunn. Denne bestemmelsen forplikter oppdragsgiver på generelt grunnlag til å opptre forsvarlig i

konkurransen. For å avgjøre om uttalelsen innebærer en utvidelse av den tradisjonelle overprøvingsadgangen, må det avklares om denne forsvarlighetsprøvelsen går lenger enn til å prøve om de alminnelige vilkårene er oppfylt.

Premissene i KOFA 2003/201 gir ikke uttrykk for at det stilles ytterligere krav til oppdragsgivers valg av tildelingskriterier. Etter at det er gitt uttrykk for at valget av tildelingskriteriene må være forsvarlig, fortsetter Klagenemnda med å slå fast at tildelingskriteriene må være tilknyttet kontraktsgjenstanden og at de må kunne vurderes objektivt. Begge disse kravene hører med blant de alminnelige vilkårene. Klagenemnda behandler ingen ytterligere aspekter ved tildelingskriteriene oppdragsgiver hadde benyttet. Selv om avgjørelsen tilsynelatende bringer et nytt forsvarlighetsselement inn i bedømmelsen, gir premissene derfor ikke grunnlag for å konkludere med at forsvarlighetsvurderingen rekker lenger enn til å avgjøre om de alminnelige vilkårene er oppfylt.

Det kan videre stilles spørsmål om hvilke andre aspekter forsvarlighetsvurderingen eventuelt skal inneholde. Klagenemnda sier selv at oppdragsgiver har et vidt innkjøpsfaglig skjønn. Denne skjønnsfriheten er begrunnet med at det er oppdragsgiver som foretar anskaffelsen og senere skal dra nytte av denne. Det er derfor oppdragsgiver som er nærmest til å definere behovene anskaffelsen skal dekke. For en nærmere fastleggelse av rammene av forsvarlighetsvurderingen er det derfor naturlig å trekke paralleller til domstolens kompetanse til å prøve forvaltningens frie skjønn.

Domstolens kompetanse til å prøve selve skjønnsutøvelsen ved forvaltningens frie skjønn er begrenset til å prøve om avgjørelsen bygger på utenforliggende hensyn eller er urimelig eller vilkårlig.⁵⁸ Ved valg av tildelingskriterier synes denne overprøvingen å være innbakt i de materielle skrankene tildelingskriteriene må oppfylle. Kravet om at tildelingskriteriene skal være tilknyttet kontraktsgjenstanden, innebærer at kun de hensyn som bidrar til å bedre kontraktsgjenstanden, kan fremmes gjennom tildelingskriteriene. Et tildelingskriterium som har den nødvendige tilknytningen, bidrar således til at oppdragsgiver i tråd med formålet får et bedre produkt for pengene sine.

⁵⁸ Se for eksempel Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett*, s 350 flg

Av denne grunn synes bedømmelsen av om tilknytningsvilkåret er oppfylt, å konsumere prøvingen av om oppdragsgiver har lagt vekt på utenforliggende, urimelige eller vilkårlige hensyn. Det er derfor vanskelig å se at en forsvarlighetsvurdering skal føre til en mer dyptgående overprøving enn prøvingen av om de alminnelige vilkårene er oppfylt.

Samlet sett virker det som domstolens kompetanse til å prøve det frie skjønn, imøtekommes av prøvingen av om de alminnelige vilkårene er oppfylt. Konklusjonen blir da at oppdragsgiver står fritt til å velge tildelingskriterier så lenge de alminnelige vilkårene er oppfylt.

7 LÆREN OM KONTRAKTSVILKÅR

7.1 Problemstilling

I kontraktsforhold brukes vilkår for å regulere gjennomføringen av kontraktsforpliktelsen. Et typisk kontraktsvilkår bestemmer tidspunkt for levering av kontraktsgjenstanden. Kommisjonen har tolket praksis fra EF-domstolen slik at Domstolen åpner for at kontraktsvilkår også kan brukes til å fremme sekundære aspekter.

Betingelser for gjennomføring av kontrakten har ingen umiddelbar sammenheng med tildelingen av kontrakter. Jeg har likevel funnet det på sin plass å redegjøre for denne læren om kontraktsvilkår. Årsaken er dels at slike kontraktsvilkår synes velegnet til å fremme sekundære aspekter, dels at kunnskap om læren er av betydning for å forstå Domstolens avgjørelse i sak C-225/98, Nord-Pas de Calais. Denne dommen behandler spørsmålet om sysselsettingshensyn kan fremmes i tildelingsfasen, og vil bli nærmere behandlet i punkt 8.

7.2 Beentjes-dommen

Utgangspunktet for Kommisjonens lære om kontraktsvilkår er sak 31/87, Beentjes. I denne saken behandlet Domstolen spørsmål om adgangen til å legge vekt på sysselsetting av langtidsarbeidsledige i anskaffelsesprosessen. Nederlandske myndigheter hadde avholdt en anbudskonkurranse der selskapet Gebroeders Beentjes BV, heretter Beentjes, hadde levert tilbudet med lavest pris uten å få tilslag på kontrakten. Årsaken til at det nest laveste tilbudet ble valgt, var at Beentjes ikke ble ansett for å være i stand til å oppfylle et ”krav” om sysselsetting av langtidsarbeidsledige. Domstolens oppgave var da å avgjøre om oppdragsgivers fremgangsmåte var forenlig med anskaffelsesreglementet.

Kravet om sysselsetting av langtidsarbeidsledige ble av Domstolen ikke ansett å være et tildelingskriterium.⁵⁹ Denne siden av dommen vil bli behandlet senere i punkt 10.

I domspremissene omtales vektleggingen av sysselsettingshensynet som et ”krav”, og Domstolen bruker flere ganger verbet ”å utelukke” for å beskrive hvorfor leverandøren ikke nådde fram i konkurransen.⁶⁰ Ettersom leverandører utelukkes i kvalifikasjonsfasen, leder Domstolens begrepsbruk tankene mot at kravet om ansettelse skulle være en del av kvalifikasjonskravene. Domstolen drøfter da også om sysselsettingskravet kan være et kvalifikasjonskrav. Etter å ha tolket direktivbestemmelsene som regulerte adgangen til å stille kvalifikasjonskrav i den aktuelle saken, kommer Domstolen til at disse ga en uttømmende regulering.⁶¹ De forhold direktivet gir oppdragsgiver rett til å stille kvalifikasjonskrav til, er leverandørenes tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling.⁶² Ettersom kravet om sysselsetting av langtidsarbeidsledige ikke falt inn under noen av disse kategoriene, kunne det ikke fremmes som et kvalifikasjonskrav.⁶³

⁵⁹ jf sak 31/87, Beentjes, avsnitt 28

⁶⁰ jf op. cit. avsnittene 5, 14 og 28

⁶¹ jf op. cit. avsnitt 17

⁶² jf direktiv 71/305 art 25-28. Disse bestemmelsene er nå inntatt i dir 93/37/EØF art 26-29

⁶³ jf sak 31/87, Beentjes, avsnitt 28

Selv om Domstolen slår fast at kravet verken er et kvalifikasjonskrav eller et tildelingskriterium, konkluderer den med at fellesskapsretten ikke er til hinder for at et slikt krav brukes til å ”utelukke” tilbud fra konkurransen. Domstolens argumentasjon bygger på at anskaffelsesdirektivene ikke uttømmende regulerer alle faser under gjennomføringen av anbudskonkurransen. Grunnen til at dette får betydning for adgangen til å fremme kravet, er at EF-retten er positivt avgrenset i forhold til nasjonal rett. Den positivt avgrensede kompetansen innebærer at EFs håndhevelsesorganer kun kan anvende de fellesskapsrettslige reglene som faktisk eksisterer.

Konsekvensen av at anskaffelsesdirektivet ikke uttømmende regulerer alle faser under gjennomføringen av en anbudskonkurranse, blir at medlemsstatene ikke har gitt fra seg kompetansen til å gi nasjonale regler på de uregulerte områdene. Domstolens kompetanse til å overprøve disse reglene begrenser seg til å prøve om de fremmer direktivenes formål og om de er i tråd med øvrige fellesskapsrettslige regler.⁶⁴ Det later til at Domstolen i *Beentjes-dommen* kommer til at det eksisterende regelverket ikke gir Domstolen kompetanse til å sette til side kravet om sysselsetting av langtidsarbeidsledige.⁶⁵

Ettersom Domstolen finner at overprøvingen av kravet ligger utenfor Domstolens kompetanse, inneholder dommen ingen uttalelser om hvordan kravet skal klassifiseres eller i hvilken del av anskaffelsesprosessen det åpnes for å fremme slike krav. Kommisjonen forsto Domstolen slik at *Beentjes-dommen* åpnet for bruk av kontraktsvilkår som kunne stille betingelser for gjennomføringen av kontrakten. Denne fortolkningen fikk etter hvert tilslutning.

Et slikt kontraktsvilkår vil da være en del av beskrivelsen av oppdraget. Akkurat som oppdragsgiver kan kreve å få en hvit buss, vil han kunne forlange at et visst antall arbeidsledige skal bistå med leveransen.

⁶⁴ jf sak C-275/98, Unitron Scandinavia

⁶⁵ jf sak 31/87, Beentjes, avsnitt 29 flg

7.3 Kontraktsvilkår – anvendelsesområdet og begrensninger i bruken

Anskaffelsesdirektivene regulerer ikke bruken av kontraktsvilkår, og de kan derfor i utgangspunktet brukes til å fremme de formål staten selv ønsker. Kontraktsvilkårene synes derfor velegnet til å fremme sekundære formål. Fellesskapsretten legger imidlertid enkelte begrensninger på bruken av kontraktsvilkår.

Statene må for det første bruke kontraktsvilkårene på en måte som er forenlig med anskaffelsesregelverket for øvrig. Dette medfører at de prosessuelle reglene må overholdes, noe Domstolen også fremhever i *Beentjes-dommen* avsnitt 31. For å sikre de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet må kontraktsvilkårene derfor gis til kjenne i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget for at de skal kunne benyttes.

For det andre må kontraktsvilkåret ikke være i strid med de øvrige fellesskapsrettslige bestemmelsene. Her er det særlig de overordnede prinsippene angitt i EF-traktaten og EØS-avtalen som kan begrense bruken av kontraktsvilkår. Som fremhevet av Domstolen, må kontraktsvilkår ikke brukes på en måte som er uforenlig med etableringsretten og den frie utveksling av tjenesteytelser.⁶⁶ Kontraktsvilkårene kan heller ikke brukes på en måte som krenker forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet.⁶⁷ Faren for at kontraktsvilkårene virker diskriminerende er høyst reell, og diskrimineringsforbudet legger derfor vesentlige begrensninger på anvendelsen av kontraktsvilkår.

Et eksempel på et kontraktsvilkår som er problematisk i forhold til diskrimineringsforbudet, er et generelt vilkår om at leverandører må benytte lærlinger fra oppdragsgiverstaten ved oppfyllelsen av kontrakten. Både nasjonale og utenlandske leverandører vil i prinsippet kunne benytte slike lærlinger til å utføre oppdraget. Vilkåret er derfor ikke formelt diskriminerende. Etter at kontrakten er gjennomført, vil

⁶⁶ jf sak 31/87, *Beentjes*, avsnitt 29. De omtalte reglene er angitt henholdsvis i EØS-avtalen kap 2 og 3

⁶⁷ jf EF-traktaten art 12 og EØS-avtalen art 4

imidlertid norske leverandører kunne dra nytte av de lærlingene som er benyttet under utførelsen, for eksempel ved at de kan anvendes ved senere prosjekter. Bruken av lærlinger kan dermed bidra til å styrke arbeidsstanden til leverandøren og således representere en gevinst for ham. Denne mulige fremtidige gevinsten vil han kunne ta hensyn til i kalkuleringen av prisen på tilbudet. For utenlandske leverandører vil derimot en fremtidig gevinst av en slik art være usannsynlig. Årsaken til dette er lærlingenes forventede tilknytning til hjemlandet. Av denne grunn vil ikke utenlandske leverandører ha samme mulighet til å iberegne en mulig fremtidig fortjeneste ved priskalkuleringen. Selv om vilkåret ikke er formelt diskriminerende, vil det derfor innebære en reell diskriminering av utenlandske leverandører fordi disse ikke vil kunne dra nytte av den fremtidige gevinsten ved bruk av lærlinger. Diskrimineringsforbudet later således til å hindre anvendelsen av et generelt kontraktsvilkår om bruk av lærlinger.

I anskfo § 5-9 er det tatt hensyn til forholdet til diskrimineringsforbudet. Denne bestemmelsen åpner for bruk av kontraktsvilkår om tilknytning til lærlingordninger, men kun overfor norske leverandører. Oppdragsgiver gis altså anledning til å stille vilkår om at norske, men ikke utenlandske, leverandører må være tilknyttet lærlingordninger. Dette innebærer at norske leverandører pålegges byrder som ikke påtvinges utenlandske leverandører. EF-domstolen har imidlertid ikke ansett en slik omvendt diskriminering for å være i strid med fellesskapsretten.⁶⁸

7.4 Kontraktsvilkårenes betydning i konkurransen

7.4.1 Mislighold

En unnlatelse av å oppfylle et kontraktsvilkår utgjør et mislighold av kontrakten som utløser rett til å benytte kontraktsbruddssanksjoner. Dersom oppdragsgiver kontraherer med en leverandør som ved utførelsen av kontraktsytelsen unnlater å oppfylle et kontraktsvilkår om sysselsetting av langtidsarbeidsledige, vil oppdragsgiver dermed ha rett til å møte dette misligholdet med bruk av vanlige misligholdssanksjoner som heving, retting og prisavslag. Ettersom oppfyllelsen av kontraktsvilkårene først vil finne

⁶⁸ jf bla sak 98/86 avsnitt 7

sted etter at kontrakt er inngått, vil et aktuelt mislighold først kunne konstateres etter at konkurransen er avsluttet. Ordinært mislighold av kontraktsforpliktelser vil derfor ikke ha noen direkte betydning i konkurransefasen.

7.4.2 Forbehold mot kontraktsvilkårene

Kontraktsvilkårene kan tenkes å få betydning i konkurransen hvis en leverandør tar forbehold mot vilkåret. Det følger av anskfo § 8-10 (1) bokstav d), jf anskfo § 8-6 (3) at tilbud med vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene skal avvises. Avgjørende for om forbeholdet får betydning for konkurransen, er følgelig om det er vesentlig. Denne vesentlighetsvurderingen, må avgjøres konkret, og det kan derfor ikke gis noe generelt svar på spørsmålet. Når oppdragsgiver først velger å fremme sekundære aspekter gjennom kontraktsvilkår, taler dette imidlertid for at vilkårets oppfyllelse er av betydning for kontraktsforholdet. Vesentlighetskravet vil derfor ofte være oppfylt, og i disse tilfellene får forbeholdet betydning i konkurransen fordi det forbeholdne tilbudet skal avvises.

7.4.3 Antesipert mislighold

Et kontraktsvilkår kan også tenkes å få direkte betydning i konkurransen ved utelukkelse av leverandører på bakgrunn av læren om antesipert mislighold. Et antesipert mislighold er et forventet, men ennå ikke inntrådt, mislighold. Der det forventede misligholdet er vesentlig, gis realkreditor adgang til å heve kontrakten i den alminnelige kontraktsretten. Et eksempel på en slik hevingsrett har vi hvor realkreditor avdekker at realdebitors økonomi er så svak at han ikke vil være i stand til å fremskaffe nødvendige materialer. Dersom det er tilstrekkelig klart at leveringssvikten vil inntre, kan realkreditor heve før tidspunkt for oppfyllelse ut fra læren om antesipert mislighold.⁶⁹

Under gjennomføringen av anbudskonkurransen vil oppdragsgiveren med større eller mindre grad av sannsynlighet kunne vurdere om en leverandør vil være i stand til å utføre oppdraget kontraktsmessig. Dersom man med tilstrekkelig grad av sannsynlighet kan si at en leverandør ikke vil være i stand til å oppfylle kontraktsmessig, vil man

⁶⁹ Jf Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s 592 flg

gjennom en videreføring av prinsippet om antesipert mislighold kunne benytte dette grunnlaget for å utelukke leverandøren.

I *Beentjes-dommen* ble en leverandør utelukket fordi han ”...ikke syntes å være i stand til at beskaeftige langtidsledige”.⁷⁰ Når Domstolen godkjente denne fremgangsmåten, tyder det på at også fellesskapsretten anerkjenner at kontraktsvilkårene skal kunne tillegges betydning i konkurransen gjennom betraktninger omkring antesipert mislighold.

En slik anvendelse av kontraktsvilkårene i konkurransen er noe vanskelig forenlig med at Domstolen i *Beentjes-dommen* uttrykkelig sier at direktivet uttømmende regulerer adgangen til å stille krav til leverandørens kvalifikasjoner.⁷¹ Selv om kravet til sannsynlighet er ulikt, gir læren om antesipert mislighold oppdragsgiver en adgang til å bedømme leverandørens kvalifikasjoner ut over den som gis i kvalifikasjonsfasen. Trass i at Domstolen eksplisitt sier det motsatte, later derfor *Beentjes-dommen* til å utvide oppdragsgivers muligheter til å bedømme leverandørens kvalifikasjoner.

I anskfo er det tatt hensyn til denne utvidelsen av hvilke aspekter som lovlig kan vurderes i kvalifikasjonsfasen. Anskfo § 5-5 innleder oppramsingen av hvilke krav oppdragsgiver kan stille, med ”herunder”. Dette begrepet viser til at den kommende oppregningen ikke er uttømmende. I forarbeidene begrunnes dette avviket fra direktivteksten med at *Beentjes-dommen* tilsynelatende åpner for at også andre kvalifikasjonskrav enn de som er oppregnet, skal kunne benyttes.⁷²

I de tilfeller der vilkårene for antesipert mislighold er oppfylt, reises spørsmålet om oppdragsgiver er forpliktet til å utelukke leverandører på dette grunnlaget. Leverandører som ikke oppfyller et kontraktsvilkår sparer seg for merutgiftene forbundet med oppfyllelsen av vilkåret. De vil derfor kunne tilby produktet til en lavere pris. På grunn

⁷⁰ jf sak 31/87, *Beentjes*, avsnitt 5

⁷¹ jf op.cit avsnitt 17

⁷² jf NOU 1997:21 s 54

av prisbesparelsene vil dermed leverandørene som unnlater å oppfylle kontraktsmessig, få et uberettiget konkurransefortrinn i forhold til leverandører som akter å oppfylle i tråd med kontraktsvilkåret. Kravet til likebehandling trekker derfor i retning av at oppdragsgiver skal måtte gjøre det antesiperte misligholdet gjeldende.

Vilkårene for antesipert mislighold er imidlertid strenge, og dersom oppdragsgiver feilbedømmer sin rettslige posisjon, vil han kunne pådra seg et erstatningsansvar. En ubetinget plikt til å gjøre det antesiperte misligholdet gjeldende, ville pålegge oppdragsgiver å foreta disse vanskelige og risikofylte vurderingene og derfor sette ham i en vanskelig posisjon. Dette er betenkelig i og med at reglene om antesipert mislighold er ment å beskytte oppdragsgiver. Oppdragsgiver vil uansett kunne møte misligholdet av kontraktsforpliktelsen med ordinære misligholdssanksjoner, og utelukkelse på grunn av antesipert mislighold vil derfor hovedsakelig være til nytte for de øvrige leverandørene. Det virker urimelig at en regel som er ment å beskytte oppdragsgiver, skal kunne pålegge oppdragsgiver ekstra byrder for å gagne leverandørene. Av denne grunn later det til å være for strengt å pålegge oppdragsgiver en plikt til å gjøre det antesiperte misligholdet gjeldende.

Som nevnt i punkt 7.4.2, er oppdragsgiver forpliktet til å avvise tilbud med forbehold mot kontraktsvilkår. Ved slike tilbud vil også vilkårene for antesipert mislighold være oppfylt.⁷³ I motsetning til hovedregelen pålegges følgelig oppdragsgiver en plikt til å gjøre det antesiperte misligholdet gjeldende hvis grunnlaget er et forbehold mot kontraktsvilkåret. Dette unntaket er begrunnet i anskaffelsesregelverkets særlige regulering av forbeholdstilfellene.

7.4.4 Forholdet mellom kontraktsvilkår og kvalifikasjonskrav

Formålet med adgangen til å heve på grunn av antesipert mislighold er at kreditor skal gis mulighet til å komme ut av et kontraktsforhold med en leverandør som ikke er i stand til å oppfylle sine kontraktsforpliktelser. Ved en offentlig anskaffelse gir kvalifikasjonsfasen oppdragsgiver mulighet til å avgjøre hvilke leverandører som vil være i stand til å levere kontraktsmessig. Ettersom formålet med de to vurderingene er

⁷³ se Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s 596

sammenfallende, kan det spørres om det egentlig er behov for en adgang til å utelukke leverandører på bakgrunn av læren om antesipert mislighold av kontraktsvilkår.

I mange tilfeller vil kvalifikasjonskravene dekke de tilfellene hvor det vil være aktuelt å utelukke en leverandør på grunn av et forventet vesentlig mislighold. Som et eksempel på en slik konsumering, kan nevnes de tilfellene hvor oppdragsgiver ønsker å utelukke en leverandør fordi hans økonomi er svak. Læren om antesipert mislighold kan, som nevnt ovenfor, tenkes å gi grunnlag for utelukkelse av leverandøren i dette tilfellet. For at læren om antesipert mislighold skal kunne benyttes til å utelukke en leverandør, må det være klart at mislighold vil inntre. Selv om det er noe usikkert hvor strengt dette klarhetskravet praktiseres, må sannsynligheten for at det fremtidige kontraktsbruddet skal inntre, grense mot visshet.⁷⁴

Ønsker oppdragsgiver derimot å utelukke leverandøren fordi han ikke oppfyller et kvalifikasjonskrav vedrørende den finansielle og økonomiske stillingen, er det oppdragsgiver selv som avgjør hvor strengt kvalifikasjonskravet skal settes. Det er dermed oppdragsgiver som bestemmer hvilken grad av sannsynlighet som kreves for at leverandørens finansielle og økonomiske stilling ikke skal være tilstrekkelig til å utføre oppdraget. I nær sagt alle tilfeller vil det være enklere å bevise at en leverandør ikke oppfyller et kvalifikasjonskrav enn å bevise at vilkårene for antesipert mislighold er oppfylt. I disse tilfellene vil det derfor ikke være behov å utelukke leverandører på grunnlag av læren om antesipert mislighold.

Det at kvalifikasjonskravene begrenser seg til å omhandle leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling, gjør imidlertid at det kan tenkes tilfeller der kvalifikasjonskriteriene ikke vil være egnet til å utelukke leverandører. Et eksempel kan nettopp tenkes ved kontraktsvilkår om sysselsetting av langtidsarbeidsledige. Hvorvidt en leverandør vil være i stand til å oppfylle et slikt kontraktsvilkår, vil ikke bare bero på hans økonomiske stilling, men også i stor grad på andre forhold ved leverandøren så som hans organisering og tidligere erfaring fra liknende kontraktsforhold. Som fremhevet av Domstolen i *Beentjes-dommen*, vil et

⁷⁴ jf Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s 592 flg

kvalifikasjonskrav som regulerer ”egnethet til å sysselsette langtidsarbeidsledige” ikke kunne benyttes fordi det faller utenfor direktivets uttømmende liste over hva kvalifikasjonskravene kan omhandle.

I dette tilfellet vil læren om antesipert mislighold få selvstendig betydning. Dersom oppdragsgiver ønsker å utelukke en leverandør fordi han flere ganger tidligere har unnlatt å oppfylle kontraktsvilkår om sysselsetting av langtidsarbeidsledige, blir oppdragsgiver nødt til å bevise at vilkårene for utelukkelse på grunn av antesipert mislighold er oppfylt.

Et annet eksempel på utelukkelse med grunnlag i læren om antesipert mislighold har man der en leverandør etter tilbudsfristen gir til kjenne at han ikke akter å benytte minoritetsgrupper i produksjonsprosessen som foreskrevet i kontraktsvilkårene. I slike tilfeller vil det være helt på det rene at kontraktsvilkåret ikke vil bli oppfylt, og leverandøren kan derfor utelukkes fra konkurransen ut fra læren om antesipert mislighold.

At kvalifikasjonskravene og kontraktsvilkårene kan regulere samme forhold, reiser ytterligere en problemstilling. Stiller konkurransegrunnlaget for eksempel et krav om at leverandørene skal ha fem personer i den administrative ledelsen, kan det stilles spørsmål om kravet er et kvalifikasjonskrav eller et kontraktsvilkår. Klassifiseringen av kravet vil ha betydning for tidspunkt for oppfyllelse, ettersom kvalifikasjonskrav skal være oppfylt i konkurransen mens kontraktsvilkår skal være oppfylt under oppfyllelse av kontrakten.

Anskaffelsesregelverkets legger opp til at kvalifikasjonskravene ikke skal gis eksplisitt til kjenne i konkurransegrunnlaget. Av denne grunn er det naturlig å se kravet som et kontraktsvilkår. Ber leverandøren i tillegg om referanser for at kravet er oppfylt, kan det likevel være grunn til også å se kravet som et kvalifikasjonskrav. I slike tilfeller vil da kravet ha en dobbeltfunksjon slik at det skal være oppfylt både i konkurransefasen og i den senere oppfyllelsen av kontraktsforpliktelsene.

8 UTVIKLINGEN I ADGANGEN TIL Å STILLE KRAV I ANSKAFFELSESPROSESSEN

8.1 Nord-Pas de Calais-dommen

I sak C-225/98, Nord-Pas de Calais, ble Kommisjonenens tolkning av sak 31/87, *Beentjes*, satt på prøve. Franske myndigheter hadde utlyst anbudskonkurranser angående kontrakter om oppføring og vedlikehold av skolebygninger. I tildelingsfasen hadde oppdragsgiver lagt vekt på leverandørenes muligheter til å beskjeftige lokale arbeidsløse ved utførelsen av oppdraget.

Etter Kommisjonen syn åpnet ikke anskaffelsesregelverket for en vektlegging av dette hensynet i tildelingsfasen. Kommisjonen anerkjente i og for seg adgangen til å fremme sysselsettingshensynet i anskaffelsesprosessen, men den mente fremgangsmåten som var benyttet, var gal. Med støtte i sin forståelse av rettstilstanden etter *Beentjes-dommen* anførte Kommisjonen at dersom oppdragsgiver ønsket å fremme hensynet til sysselsetting av langtidsarbeidsledige, måtte det gjøres gjennom bruk av kontraktsvilkår.⁷⁵ At betingelsen som her var tatt inn som en del av grunnlaget for tildelingen av kontrakten, var i følge Kommisjonen i strid med anskaffelsesreglementets prosedyreregler. Kommisjonen fremmet derfor søksmål for EF-domstolen med påstand om brudd på regelverket.

I sitt forslag til avgjørelse sluttet Generaladvokaten seg til Kommisjonens forståelse av regelverket.

Domstolen kom derimot til at det var adgang til å benytte det omtvistede sysselsettingskriteriet i tildelingsfasen. I dommens avsnitt 52 kommer det fram at Domstolen ikke deler Kommisjonens forståelse av *Beentjes-dommen*. Med støtte i *Beentjes-dommens* avsnitt 14 viser Domstolen til at kravet om sysselsetting av arbeidsledige hadde "...udgjort grundlaget for at udelukke en af de bydende..." Av dette sluttet det at kravet "...kun kunde udgjøre et kriterium for tildeling af kontrakten".

⁷⁵ se punkt 7.2

Domstolen finner med andre ord at sysselsettingskravet som var omtvistet i *Beentjes-dommen*, hadde hatt betydning for tildelingen av kontrakten og således ikke kunne utgjøre et kontraktsvilkår av den art Kommisjonen hevdet. Kommisjonens påstand om at franske myndigheter hadde brutt anskaffelsesdirektivene ved at sysselsettingshensynet ikke var fremmet gjennom kontraktsvilkår, ble derfor ikke tatt til følge.

Det er vanskelig å forstå hvordan Domstolen kan hevde at kravet om sysselsetting kunne utgjøre en del av grunnlaget for tildeling av kontrakten i *Beentjes-dommen*. I domspremissene sier Domstolen uttrykkelig at det omtvistede sysselsettingskravet ikke var et tildelingskriterium.⁷⁶ Som nevnt i punkt 5.3.4 har heller ikke et slikt sysselsettingsaspekt den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden. Av denne grunn er det vanskelig å se hvordan kravet om sysselsetting av langtidsarbeidsledige kunne være et tildelingskriterium. Likevel konkluderer altså Domstolen i *Nord-Pas de Calais-dommen* med at kravet hadde utgjort en del av grunnlaget for tildeling av kontrakten. Domstolens tolkning av *Beentjes-dommen* synes derfor å åpne for at også andre bedømmelsesparametere enn tildelingskriteriene kan benyttes i tildelingsfasen.

Tar man Domstolens argumentasjon bokstavelig, forstås *Beentjes-dommen* slik at kravet om sysselsetting utgjorde en del av grunnlaget for *tildelingen* av kontrakten fordi det hadde blitt brukt til å *utelukke* Beentjes fra konkurransen. Denne delen av begrunnelsen gir dårlig sammenheng med regelverket for øvrig. Utelukkelse av leverandører har tradisjonelt funnet sted i kvalifikasjonsfasen og ikke i tildelingsfasen. Domstolen har selv fremhevet at disse fasene er to atskilte faser i konkurransen og styres av ulike regler og hensyn.⁷⁷ Ut over det faktum at en leverandør må tilfredsstille kvalifikasjonskravene for å kunne bli tildelt kontrakten, legger regelverket dermed opp til at vurderingene i tildelingsfasen skal foretas uavhengig av kvalifikasjonsfasen. Det er derfor vanskelig å forstå hvordan det faktum at kravet ble benyttet til å utelukke Beentjes, var av betydning for tildelingen av kontrakten.

⁷⁶ se sak 31/87, *Beentjes*, avsnitt 28

⁷⁷ jf op. cit. avsnitt 15

Som det vil komme fram av punkt 10, har Domstolen til en viss grad anerkjent behovet for å legge vekt på forhold ved leverandøren i tildelingsfasen. Denne oppmykningen av skillet mellom de to fasene berører adgangen til å vektlegge forhold som i utgangspunktet hører inn under kvalifikasjonsvurderingen, i tildelingsfasen. Spørsmålet som behandles her, går derimot på hvilken betydning det har for tildelingsvurderingen at en leverandør ikke er funnet kvalifisert. Utviklingen i adgangen til å legge vekt på forhold ved leverandøren virker derfor ikke egnet til å belyse Domstolens standpunkt.

Dersom man tar utgangspunkt i ordlyden i Domstolens begrunnelse, er det med andre ord vanskelig å forene Domstolens tolkning av *Beentjes-dommen* med det øvrige anskaffelsesreglementet slik dette er forstått i Domstolens egen praksis.

En sammenlikning av de ulike språkversjonene av dommen kunne tenkes å bidra til forståelsen av de uklare domspremissene. Uklarheter som skyldtes avvikende begrepsbruk i enkelte land, eller rett og slett feil i oversettelsen, kan tenkes avklart ved at språkversjoner holdes opp mot hverandre. Domstolens tilsynelatende inkonsekvente begrunnelse er imidlertid felles for alle språkversjonene. I den engelskspråklige versjonen av dommen brukes for eksempel uttrykkene ”rejecting a tender” og ”criterion for the award of the contract”. Ettersom uklarheten går igjen også på andre språk enn dansk, kan en sammenlikning av de ulike språkversjonene ikke kaste lys over hvordan avgjørelsen skal forstås.

På grunn av den uklare formuleringen av premissene i *Nord-Pas de Calais-dommen* er det et åpent spørsmål hvordan Domstolen faktisk forstår *Beentjes-dommen*. Det man med sikkerhet kan slå fast ved å sammenholde *Beentjes-dommen* og *Nord-Pas de Calais-dommen*, er at det gis en adgang til å fremme sysselsettingshensyn i anskaffelsesprosessen ut over de mulighetene som følger av regelverket. Måten formålene fremmes på, må videre være i samsvar med anskaffelsesreglementets grunnleggende krav og relevante bestemmelser i EF-traktaten, som reglene om etableringsretten og fri flyt av varer og tjenester.⁷⁸

⁷⁸ se sakene C-225/98, *Nord-Pas de Calais*, avsnitt 50 og 53 samt 31/87, *Beentjes*, avsnitt 29

Den nærmere presiseringen av Domstolens uttalelser byr imidlertid på problemer. De uklare premissene i dommen gjør at den kan forstås på en rekke måter, men jeg vil i det følgende forsøke å finne en forståelse av premissene som lar seg forene med regelverket for øvrig.

8.2 Prosessuell tilnærming

Først vil jeg behandle en forståelse av *Nord-Pas de Calais-dommen* som kan tenkes å gi dommen en god mening uten at man trenger å gå inn på en omfattende tolkning av begrepsbruken. Denne forståelsen bygger på at klager må påvise hvorfor et omtvistet tildelingskriterium er i strid med anskaffelsesregelverket, for at klagen skal få gjennomslag. I *Nord-Pas de Calais-dommen* bygget Kommisjonen sin argumentasjon kun på forholdet til *Beentjes-dommen* uten å vise hvorfor sysselsettingskriteriet var i strid med det aktuelle direktivet. EF-domstolens avgjørelser har imidlertid kun bindende virkning overfor partene i saken. Selv om Domstolen som oftest bygger på rettssetninger fra tidligere avgjørelser, er den i prinsippet ikke forpliktet til å gjøre dette. Det kan derfor hevdes at ettersom Kommisjonen ikke konkret begrunnet hvorfor tildelingskriteriet var i strid med anskaffelsesreglementet, kunne Domstolen ikke underkjenne kriteriet. En slik forståelse er forenlig med Domstolens korte avvisning av at *Beentjes-dommen* kunne brukes til å kjenne tildelingskriteriet ugyldig.

Denne tolkningen er imidlertid temmelig formalistisk, og en avgjørelse av spørsmålet på dette grunnlaget ville neppe ha voldt Domstolen store problemer. Domstolen ble imidlertid satt med ni dommere noe som tyder på at et komplisert rettsspørsmål av stor viktighet ble behandlet. Sammensetningen av Domstolen later derfor til å være til hindre for at dommen skal forstås på denne måten. Domspremissene må dermed tolkes for å forsøke å avklare hvordan dommen kan gi mening.

8.3 Absolutte tildelingskrav

Den forståelsen av *Nord-Pas de Calais-dommen* som er mest i samsvar med ordlyden, er at Domstolen åpner for at oppdragsgivere kan operere med absolutte tildelingskrav, som sammen med de ordinære tildelingskriteriene danner grunnlaget for tildeling av

kontrakten. En åpning for bruk av tildelingskrav passer godt med saksforholdet i *Nord-Pas de Calais-dommen*, ettersom det var på det rene at sysselsettingshensynet ble vektlagt i tildelingsfasen.

En åpning for bruk av absolutte tildelingskrav er imidlertid vanskelig forenlig med at Domstolen i andre saker har lagt vekt på at kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen er to atskilte prosesser styrt av ulike regler.⁷⁹ Bruken av absolutte krav har vært reservert for kvalifikasjonsfasen, mens man i tildelingsfasen har operert med tildelingskriterier som angir relative vektnormer. At tildelingskriteriene er relative vektnormer, innebærer at et dårlig resultat på et av kriteriene kan repareres med gode resultater på de øvrige. Eksempelvis kan et tilbud med dårlig uttelling på priskriteriet likevel bli ansett som det økonomisk mest fordelaktige fordi det scorer høyt på øvrige kriterier som leveringstid og kvalitet. Et tildelingskrav vil derimot være absolutt slik at en leverandør som ikke oppfyller kravet, utelukkes fra konkurransen. En åpning for bruk av tildelingskrav vil bringe aspekter som minner om kvalifikasjonsfasen, inn i tildelingsfasen, og skillet mellom fasene vil dermed bli mer flytende.

En bruk av absolutte tildelingskrav ville videre være forbundet med økonomiske betenkeligheter i begrensede anbudskonkurranser. Denne konkurranseformen brukes ofte der det konkurreres om store kontrakter, og det er relativt tidkrevende å utarbeide og vurdere tilbud. I slike konkurranser hindrer de absolutte kravene som stilles i prekvalifikasjonsfasen, at leverandører som presumptivt ikke vil være i stand til å levere kontraktsmessig vare, får delta i konkurransen. Disse leverandørene sparer dermed unødvendige utgifter forbundet med utarbeidelse av tilbud, og oppdragsgiver sparer samtidig utgiftene forbundet med bedømmelsen av disse tilbudene.

En bruk av absolutte krav i tildelingsfasen ville derimot ikke vært økonomisk lønnsomt. I en begrenset anbudskonkurranse der man opererte med absolutte tildelingskrav, ville det være en risiko for at kvalifiserte leverandører som hadde utarbeidet tilbud, var uten mulighet til å nå fram i konkurransen fordi de ikke oppfylte disse tildelingskravene. En

⁷⁹ jf sak 31/87, Beentjes, avsnitt 15 og 16

slik løsning ville øke leverandørenes risiko for tap og kunne i lengden føre til at leverandører kviet seg for å bruke ressurser på deltakelse i konkurranser om kompliserte kontrakter. En adgang til å anvende absolutte tildelingskriterier ville derfor innebære en risiko for at konkurransesituasjonen ble svekket, noe som igjen ville kunne føre til at oppdragsgivers ressurser ble brukt mindre effektivt.

Selv om denne forståelsen av *Nord-Pas de Calais-dommen* er nærliggende ut fra ordlyd og faktum i saken, er den derfor vanskelig forenlig med de grunnleggende regler og målsetninger i anskaffelsesreglementet.

8.4 Supplerende tildelingskriterier

En annen tolkning bygger på at dommen må leses i sammenheng med Frankrikes anførsler. Frankrike hevdet at det fulgte av fransk rett at sysselsettingskriteriet bare kunne brukes der flere tilbud ble ansett som økonomisk like fordelaktige. Etter en slik forståelse av dommen åpner Domstolen for å fremme hensynet som et ”supplerende tildelingskriterium”. Kommisjonen har i sin fortolkningsmeddelelse om muligheten til å ta hensyn til sosiale aspekter ved offentlige anskaffelser tatt til orde for at premissene i *Nord-Pas de Calais-dommen* skal forstås på denne måten.⁸⁰ Ideen bak de supplerende tildelingskriteriene er at slike kriterier bare kan brukes til å skille to eller flere tilbud som er likestilte etter at de ordinære tildelingskriteriene er vurdert. Gjennom en slik anvendelse vil kravet ikke få økonomiske eller konkurransemessige konsekvenser. Av denne grunn kan det hevdes at denne forståelsen av *Nord-Pas de Calais-dommen* er den som best harmonerer med regelverket for øvrig.

Det er imidlertid innvendinger også mot denne forståelsen av dommen. For at teorien om supplerende tildelingskriterier skal ha noen mening, må det fastlegges hva det innebærer at tilbudene er ”likestilte”.

Den naturlige forståelsen av uttrykket er at tilbudene er likestilte dersom de ender opp med samme uttelling i konkurransen. Det er imidlertid bare i et fåtall saker at to eller flere tilbud ender opp med lik poengsum i tildelingsfasen. Begrenses

⁸⁰ se KOM(2001) 566 s 15

anvendelsesområdet til disse situasjonene, vil de supplerende tildelingskriterienes praktiske betydning bli sterkt redusert.

Mer praktisk relevans vil de supplerende kriteriene få dersom man godtar at supplerende tildelingskriterier blir utslagsgivende der de ordinære tildelingskriteriene gir et tilnærmet likt resultat mellom to eller flere leverandører. Brukt på denne måten vil imidlertid det supplerende kriteriet kunne få betydning for avgjørelsen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. I en slik situasjon vil kravet fremstå som et ordinært tildelingskriterium, om enn med relativt liten vekt, og ikke som et supplerende kriterium.

Et eksempel kan være at leverandør A har oppnådd 74 av 100 poeng mens leverandør B har oppnådd 72 poeng. B scorer høyt på et supplerende tildelingskriterium, noe A ikke gjør. Her er da spørsmålet om differansen på to poeng er liten nok til at oppdragsgiver kan anse tilbudene som likestilte og velge Bs tilbud siden dette gir best uttelling på det supplerende tildelingskriteriet. I så fall vil det supplerende tildelingskriteriet i realiteten fremstå som et tildelingskriterium med stor nok vekt til å overstyre differansen mellom A og B.

Det problematiske skillet mellom supplerende og ordinære tildelingskriterier vil bli ytterligere aksentuert i konkurranser der oppdragsgiver har benyttet flere supplerende tildelingskriterier som alle taler til fordel for en leverandør. Selv om hvert enkelt av disse kriteriene bare skal tillegges minimal vekt, vil den samlede vekten kunne bli så stor at den får betydning for utfallet av konkurransen. Tillates kriteriene brukt på denne måten, kan man neppe si at de er av supplerende art.⁸¹

Domstolen gir ingen anvisning på hvordan problemene forbundet med bruk av slike supplerende tildelingskriterier skal løses, og det taler mot denne forståelsen av dommen at det vil være uklart hvordan kriteriene eventuelt skal benyttes. Den usikre

⁸¹ se også Arnould: "A Turning Point in the Use of Additional Award Criteria", Public Procurement Law Review, 2001, s NA13 flg. på side NA 18

rettstilstanden denne uklarheten ville medføre, er problematisk i forhold til grunnleggende kravet om forutberegnelighet, jf anskl § 5 tredje ledd. Denne innvendingen mot forståelsen vil likevel bortfalle dersom det blir gitt regler for anvendelsen av kriteriene, enten gjennom rettspraksis eller i form av direktivbestemmelser. En slik presisering er imidlertid foreløpig ikke gitt.

Siden denne tolkningen av domspremissene har potensiale til å være i tråd med regelverket for øvrig og har Kommisjonens tilslutning, har jeg i mangel av bedre alternativer valgt å legge den til grunn i oppgaven. Drøftelsen videre vil dermed ta utgangspunkt i at *Beentjes-dommen* sammenholdt med *Nord-Pas de Calais-dommen* åpner for anvendelse av supplerende tildelingskriterier.

8.5 Hva skyldes uklarhetene i *Nord-Pas de Calais-dommen*?

Fra et erfaringsmessig perspektiv kan det gis teorier angående årsakene til at domspremissene i *Nord-Pas de Calais-dommen* er vanskelige å forstå. Slike deskriptive teorier bidrar ikke direkte til å finne den riktige forståelsen av dommen, og har ingen rettskildemessig verdi. Da dommen er såpass vanskelig tilgjengelig, har jeg likevel funnet det på sin plass å forsøke å kaste lys over mulige årsaker til at domspremissene er uklare.

Man må kunne se bort fra at den tilsynelatende selvmotsigende begrunnelsen er et utslag av at Domstolen ikke har forstått gangen i anskaffelsesprosessen eller at tidligere avgjørelser, deriblant *Beentjes-dommen*, er misforstått. Medlemmene av Domstolen er særs kompetente personer innen EF-retten, og den konsekvente begrepsbruken ellers i dommen viser at prosedyren er kjent.⁸²

En mulig forklaring på den uklare begrunnelsen er at *Nord-Pas de Calais-dommen* er et ledd i en utvikling av anskaffelsesreglementet i retning av en økt adgang til implementering av sekundære formål. Uklarhetene vil da kunne komme av at Domstolen forsøker å skjule skrittene som tas i denne rettsutviklingen. En slik teori kan

⁸² jf sak C-225/98, *Nord-Pas de Calais*. avsnitt 46-48

være forenlig med at Domstolen senere, i sak 513/99, De finske bussene, anerkjenner oppdragsgivers rett til å legge vekt på miljøhensyn i tildelingsfasen. Denne hypotesen har likevel svakheter. Selv om sistnevnte dom åpnet for implementering av miljømessige aspekter, presiserte Domstolen at tildelingskriteriene må være tilknyttet kontraktsgjenstanden. Dette tilknytningsvilkåret begrenser adgangen til å vektlegge sekundære aspekter i tildelingsfasen.⁸³ Senere praksis fra Domstolen gir dermed ikke entydige signaler om at Domstolen ønsker å utvikle regelverket slik at det åpner for økt vektlegging av sekundære hensyn.

En annen teori, som også kan ha en viss tilknytning til rettsutviklingstanken, har sin bakgrunn i det forhold at Domstolen ikke avsier dissensdommer. Eventuell uenighet innad i Domstolen kommer dermed ikke til syne i selve domsslutningen, og det er antatt at dette medfører at Domstolens medlemmer tilstreber enighet omkring den avgjørelsen som avsies.

Slike kompromissforsøk kan gi seg utslag i at enkelte ledd i en argumentasjonsskjede tas ut av domsgrunnene. Dette skyldes at disse leddene gir uttrykk for synspunkter det ikke har vært mulig å få full enighet om. Resultatet av en slik framgangsmåte kan bli at domsgrunnene tilsynelatende blir uforståelige fordi meningsbærende premisser i resonnementet mangler. Det kan ikke utelukkes at dette er årsaken til at *Nord-Pas de Calais-dommen* er vanskelig å forstå. Dersom enkelte dommere har vært uenige i deler av begrunnelsen for hvorfor *Beentjes-dommen* ikke var til hinder for å benytte kravet om sysselsetting i tildelingsfasen, kan Domstolen ha sett seg nødt til å fjerne denne delen av domspremissene. Årsaken til at domspremissene er vanskelige å forstå, kan derfor være at enkelte ledd i begrunnelsen mangler.

På det nåværende tidspunkt er det for tidlig å komme med noe annet enn antagelser på hvorfor premissene i *Nord-Pas de Calais-dommen* er uklare. Først når rettstilstanden er klarlagt, vil man ha belegg for en mer velbegrunnet formening om hvorfor argumentasjonen i *Nord-Pas de Calais-dommen* er så vanskelig tilgjengelig.

⁸³ se punkt 9.2.2

8.6 Anvendelsen av supplerende kriterier

Det gis ingen presis avgrensning av anvendelsesområdet til de supplerende tildelingskriteriene i *Nord-Pas de Calais-dommen*, men Domstolen oppstiller likevel enkelte begrensninger. For det første må de prosessuelle reglene være oppfylt.⁸⁴ Dette innebærer blant annet at det supplerende tildelingskriteriet skal gis tilkjenne for leverandørene, og at det skal tilfredsstille kravene til utforming.

For det andre må enkelte innholdsmessige krav være oppfylt. Sammenholder man *Nord-Pas de Calais-dommen* med sak 513/99, *De finske bussene*, ser det ut til at vilkåret om tilknytning til kontraktsgjenstanden ikke praktiseres like strengt for de supplerende tildelingskriteriene. De grunnleggende kravene skal imidlertid respekteres i alle faser i konkurransen, og det følger da også av *Nord-Pas de Calais-dommen* avsnitt 50 at de supplerende tildelingskriteriene må være i tråd med de fellesskapsrettslige grunnprinsippene. Det er her særlig forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet som kan begrense bruken av kriteriene. Et supplerende tildelingskriterium vil være i strid med diskrimineringsforbudet dersom det blir mer byrdefullt for enkelte leverandører å oppfylle det, og denne ekstra byrden er en følge av leverandørens nasjonale tilhørighet.

I *Nord-Pas de Calais-dommen* premierte det supplerende tildelingskriteriet leverandører som bidro i en lokal sysselsettingskampanje. Da det ikke var prosedert på brudd på diskrimineringsforbudet, tok ikke Domstolen stilling til spørsmålet om det aktuelle kriteriet var i tråd med forbudet mot forskjellsbehandling.⁸⁵ Etter min mening synes imidlertid et supplerende tildelingskriterium av denne art vanskelig forenlig med diskrimineringsforbudet dersom det anvendes overfor utenlandske leverandører. Kriteriet ga bare uttelling til leverandører som ansatte arbeidsløse fra regionen, og leverandører fra andre stater kunne derfor ikke fått uttelling for sysselsetting av arbeidsløse fra deres hjemstater. Rent formelt ville det ikke være vanskeligere for disse leverandørene å bruke arbeidsløse fra Nord-Pas de Calais-regionen, men reelt ville et

⁸⁴ Se C-225/98, *Nord-Pas de Calais*, avsnitt 51

⁸⁵ se op. cit. avsnitt 53

slikt krav begunstige de lokale leverandørene. Årsaken til dette er at lokale leverandører ville kunne beholde den sysselsatte arbeidskraften for senere oppdrag. Utførelsen av oppdraget ville da også medført at de fikk trent opp ny arbeidskraft. Forutsatt at de sysselsatte arbeidsløse ikke var villige til å flytte på seg, ville ikke leverandører fra andre områder kunne dratt nytte av den opplærte arbeidskraften i andre oppdrag andre steder. Etter oppdraget ville derfor denne arbeidsressursen kunne overtas av de lokale leverandørene. På samme måte som ved kontraktsvilkåret om tilknytning til lærlingordning, bør derfor et supplerende kriterium om sysselsetting av lokale arbeidsløse kun tillates anvendt overfor statens egne leverandører.⁸⁶

8.7 *Nord-Pas de Calais-dommens* betydning for adgangen til å anvende kontraktsvilkår

Selv om det er usikkerhet knyttet til forståelsen av *Nord-Pas de Calais-dommen*, synes det klart at Domstolen ikke slutter seg til Kommisjonens fortolkning av *Beentjes-dommen*. Bruken av kontraktsvilkår til å fremme sekundære aspekter vil derfor ikke kunne hjemles i *Beentjes-dommen*, og spørsmålet blir dermed om dagens rettstilstand likevel anerkjenner en slik bruk av kontraktsvilkår.

Kommisjonen har i sine tolkningsmeddelelser om implementering av miljøhensyn og sosiale formål lagt til grunn at sekundære formål fortsatt kan fremmes gjennom kontraktsvilkår.⁸⁷ Disse tolkningsmeddelelsene er imidlertid ikke rettslig bindende, og kan derfor ikke tillegges særlig rettskildemessig vekt.

Selv om Domstolens begrunnelse i *Nord-Pas de Calais-dommen* tyder på at *Beentjes-dommen* ikke gir rettslig grunnlag for bruk av kontraktsvilkår, uttaler ikke Domstolen seg om bruken av kontraktsvilkår i sin alminnelighet. Avgjørende for om kontraktsvilkår kan anvendes i konkurransen, blir da om regelverket for øvrig gir grunnlag for bruk av slike.

⁸⁶ slik også Arnould: "A Turning Point in the Use of Additional Award Criteria?", Public Procurement Law Review 2001 s NA13 flg. på side NA 18

⁸⁷ se KOM(2001) 566 s 16 og KOM(2001) 274 s 24

Trass i at man ikke har en konkret avgjørelse å støtte seg på, virker det fortsatt mulig å hevde at anskaffelsesreglementet ikke uttømmende regulerer anskaffelsesprosessen slik at det åpnes for nasjonale regler om bruk av kontraktsvilkår. Anvendelsen av kontraktsvilkår synes heller ikke å være uforenlig med de grunnleggende prinsippene om gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Regelverkets utforming kan således tyde på at kontraktsvilkår kan anvendes, selv uten rettslig grunnlag i *Beentjes-dommen*.

De foreliggende rettskildefaktorene trekker følgelig i retning av at sekundære aspekter kan fremmes gjennom kontraktsvilkår. Etter *Nord-Pas de Calais-dommen* virker det derfor som oppdragsgiver har mulighet til å fremme slike aspekter både i form av kontraktsvilkår og som sekundære tildelingskriterier.

8.8 Rettsutvikling – forslag til nytt direktiv

8.8.1 Kommisjonens opprinnelige forslag

I forslaget til nytt direktiv ønsker Kommisjonen å direktivfeste adgangen til å anvende kontraktsvilkår for å fremme sekundære aspekter. I forslagets artikkel 23.3 gis oppdragsgiver mulighet til å anvende ”særlige betingelser vedrørende kontraktens utførelse”, under forutsetning av at disse vilkårene er forenlige med fellesskapsretten.⁸⁸ I direktivforslagets preambel utdypes denne adgangen til å anvende kontraktsvilkår i betraktning 22. Her gis det uttrykk for at kontraktsvilkårene kan brukes til å sysselsette arbeidsledige og vanskeligstilte. Det påpekes også at eventuelle kontraktsvilkår må oppgis i kunngjøringen og at diskrimineringsforbudet må respekteres.

Kommisjonen søker følgelig å stadfeste sitt syn på rettstilstanden etter sak 31/87, *Beentjes*. Direktivforslaget inneholder derimot ingen bestemmelser som gir adgang til å anvende supplerende tildelingskriterier. Denne unnlatsen er trolig bevisst, og i så fall er det et klart signal om at Kommisjonen ikke anser dette virkemiddelet for å være hensiktsmessig. Dersom det nye direktivet ikke inneholder bestemmelser om supplerende tildelingskriterier til tross for at virkemiddelet var kjent under utformingen

⁸⁸ jf COD 2000/115 art 23.3

av direktivet, er det et klart signal til Domstolen om at slike kriterier ikke skal tillates anvendt.

8.8.2 Innspill på forslaget

Den foreslåtte adgangen til å anvende kontraktsvilkår og unnlatelsen av å direktivfeste en adgang til å benytte supplerende tildelingskriterier møter ikke motbør hos høringsinstansene. Regionsutvalget har imidlertid enkelte innvendinger mot hvordan bestemmelsene som regulerer bruken av kontraktsvilkår skal utformes. Disse innvendingene går blant annet på at de grunnleggende kravenes betydning må komme tydeligere fram og at kontraktsvilkårene også bør kunne brukes til å fremme andre forhold.⁸⁹

8.8.3 Kommisjonens endrede forslag

I sitt endrede forslag tar Kommisjonen Regionsutvalgets innvendinger mot kontraktsvilkårenes anvendelsesområde til etterretning.⁹⁰ I forslagets artikkel 26 a som regulerer kontraktsvilkår, presiseres det at kontraktsvilkårene blant annet kan brukes til å fremme sosiale og miljømessige aspekter. Kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet sikres ved at slike kontraktsvilkår må angis enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

I preamblets betraktning 29, som presiserer adgangen til å benytte kontraktsvilkår, har Kommisjonen listet opp flere nye formål som kan fremmes gjennom kontraktsvilkårene. Ivaretagelse av miljøet og sysselsetting av handicappede er blant de nye formålene som eksplisitt angis.

Dersom Kommisjonens endrede forslag til direktiv får gjennomslag, vil oppdragsgiver fortsatt ha anledning til å fremme sekundære formål gjennom kontraktsvilkår. Adgangen til å anvende supplerende tildelingskriterier vil derimot neppe kunne opprettholdes.

⁸⁹ jf CDR 312/2000 punkt 2.7.2

⁹⁰ se KOM 2002/236

9 ADGANGEN TIL Å FREMME SEKUNDÆRE FORMÅL I TILDELINGSFASEN

9.1 Problemstilling

Offentlige etater inngår hvert år kontrakter for flerfoldige milliarder kroner, og det offentlige er av denne grunn en av de store aktørene på markedet. Denne markedsposisjonen kan brukes til å påvirke hvilke varer og tjenester som tilbys, og slik kan anskaffelsesprosessen brukes som et middel til å fremme bestemte formål. Ved å legge vekt på bærekraftig utvikling i anskaffelsespolitikken vil for eksempel oppdragsgiver gi leverandørene et incentiv til å ta hensyn til miljømessige aspekter ved utformingen av deres tilbud. I tillegg vil den økte miljøbevisstheten kunne føre til at også produktene som tilbys private konsumenter blir mer miljøvennlige. Problemstillingen videre blir å finne ut hvilken adgang oppdragsgiver har til å bruke tildelingsfasen til å fremme såkalte sekundære aspekter.

De sekundære aspektene det kan være aktuelt å fremme gjennom offentlige anskaffelser, kan deles inn i to hovedgrupper: Sosiale og miljømessige aspekter. Med ”sosiale aspekter” forstår jeg siktemål det er tverrpolitisk enighet om at samfunnet skal forsøke å nå. Politisk fargede målsetninger vil derfor falle utenfor min definisjon av begrepet. Som et eksempel på et politisk farget siktemål, kan nevnes Tysklands forsøk på å begrense utbredelsen av scientologi-bevegelsen ved at medlemmer fra bevegelsen ble utelukket som leverandører i anskaffelseskonkurranser.⁹¹

Av de sosiale aspektene som faller innenfor definisjonen, kan nevnes ønsket om full sysselsetting, gode arbeidsvilkår og integrering av minoritetsgrupper i samfunnet. Selv om det kan være uenighet omkring hvilken fremgangsmåte som er mest hensiktsmessig for å nå disse målene, er det stort sett tverrpolitisk enighet omkring selve formålet.

⁹¹ For en nærmere drøftelse se Dr Prieß og Dr Pitschas: ”Secondary Policy Criteria and their Compatibility with E.C. and WTO Procurement Law – The Case of the German Scientology Declaration”, Public Procurement Law Review 2000 s 171-195

En anskaffelses ”miljømessige aspekter” er de sidene ved anskaffelsen som går på vern av naturens ressurser. Gjennom fokus på miljøvern har statene blitt bevisst sitt overordnede ansvar for å sikre en utvikling der naturens ressurser blir utnyttet slik at de også kommer senere generasjoner til gode. I tillegg vil en satsning på miljøet gi en kortsiktig gevinst ved at et renere og sunnere miljø fører til økt velstand og trivsel. En miljøbevisst utnyttelse av ressursene vil derfor sikre økt velstand både for nåværende og fremtidige generasjoner.

Adgangen til å fremme ulike sekundære aspekter gjennom tildelingskriteriene beror på om aspektene kan fremmes i tråd med de alminnelige vilkårene. Vilårene om tildelingskriterienes tilkjennegivelse og utforming legger i utgangspunktet ikke begrensninger på hvilke aspekter oppdragsgiver kan implementere i tildelingsfasen. Adgangen til å bruke tildelingskriteriene til å vurdere sekundære aspekter beror derfor på hvilke grenser som settes av de materielle vilkårene. Drøftelsen i punkt 9.2 vil søke avklart hvilke begrensninger de materielle skrankene stiller for mulighetene til å fremme sekundære aspekter.

I tråd med den forståelsen av sak C-225/98, Nord-Pas de Calais, som er lagt til grunn, gis oppdragsgiver ytterligere et redskap for å vurdere sekundære aspekter i tildelingsfasen, nemlig de supplerende tildelingskriteriene. I punkt 9.3 vil det drøftes hvilke muligheter de supplerende tildelingskriteriene gir til å fremme sekundære aspekter.

9.2 De materielle skrankenes betydning for adgangen til å fremme sekundære aspekter

9.2.1 De grunnleggende kravenes betydning

En forutsetning for at sekundære aspekter skal kunne fremmes, er at de grunnleggende kravene til anskaffelsesprosessen overholdes. Det er særlig diskrimineringsforbudet og kravet til likebehandling som legger begrensninger på adgangen til å fremme sosiale og miljømessige hensyn ved tildelingen av kontrakt. Et eksempel finner man i KOFA 2003/60. I konkurranse om kontrakt om slamtømmingstjenester hadde oppdragsgiver

brukt tildelingskriteriet ”miljøhensyn” til å premiere en leverandør med kort vei til oppdragsstedet. Selv om dette forholdet førte til at transporten ville forurense mindre og derfor var av betydning for ivaretagelse av miljøet, fant Klagenemnda at det ikke kunne tillegges betydning i vurderingen. Årsaken var at en vektlegging av aspektet ville behandle leverandørene ulikt i strid med det grunnleggende forbudet mot diskriminering på grunnlag av lokalisering.

Diskrimineringsforbudet er av samme grunn til hinder for at oppdragsgiver legger vekt på distriktspolitiske hensyn i tildelingsfasen. Ved tildelingen av en større byggekontrakt kan for eksempel ikke oppdragsgiver legge vekt på at en leverandør kommer fra et område der det er politisk enighet om at sysselsettingen må økes.

9.2.2 Tilknytningsvilkårets betydning

Gjennom avgjørelsene i sak C-513/99, *De finske bussene*, og sak C-448/01, *Wienstrom*, har EF-domstolen gjort det klart at et tilbuds verdi ikke kan måles ut fra en rent bedriftsøkonomisk målestokk. Domstolen har således åpnet for at også ikke-økonomiske hensyn kan fremmes gjennom tildelingskriteriene så lenge de dekker et behov hos oppdragsgiver.⁹²

Hva gjelder miljøhensyn, har Domstolen anerkjent at vektlegging av miljømessige aspekter kan bidra til å øke tilbudets verdi. Miljøhensyn vil derfor kunne fremmes såfremt de har den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden.

Ved enkelte anskaffelser kan det være ønskelig å legge vekt på såkalte livssyklus kostnader i tildelingsfasen. Dette er utgifter et produkt påfører oppdragsgiver i løpet av levetiden, typisk ved bruk av nødvendig drivstoff og i forbindelse med eventuelle reparasjoner. Produkter med lave livssyklus kostnader vil ofte også være gunstige i et miljøperspektiv. Blyfri bensin er billigere enn blyholdig, noe som er av betydning ved kalkuleringen av produktets fremtidige drivstoffutgifter. Ønsket om lave drivstoffutgifter er derfor forenlig med ønsket om ivaretagelse av miljøet. Likeså vil

⁹² se punkt 5.3.5

reparasjoner av et produkt med dårlig holdbarhet være kostbart fordi man forbruker nye ressurser. Også her vil følgelig en reduksjon av livssyklus kostnadene innebære en miljømessig gevinst.

Avgjørende for om oppdragsgiver skal kunne legge vekt på livssyklus kostnadene, er som nevnt om de har den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden.

Livssyklus kostnadene har betydning for de totale kostnadene forbundet med produktet, og en vektlegging av disse vil følgelig ha innvirkning på tilbudets kvantitative sider.

Vilkåret om tilknytning til kontraktsgjenstanden er dermed oppfylt, og livssyklus kostnadene er derfor et lovlig hensyn å legge vekt på i tildelingsfasen.

Et annet spørsmål er om tilknytningsvilkåret er til hinder for at oppdragsgiver i tildelingsfasen kan legge vekt på hvordan et anlegg planlegges plassert i terrenget.

Hensynet til miljøvern favner også om ønsket om at enkelte deler av naturen skal få stå urørt, og et nybygg som faller naturlig inn i omgivelsene, vil derfor være ønskelig fra et miljøvernssynspunkt. Hoppbakkene som ble bygget i forbindelse med Lillehammer-OL i 1994, gir et eksempel på et anlegg der hensynet til bevaring av naturens egenart ble lagt vekt på ved valg av tilbud. Hvordan et anlegg er plassert, har betydning for et tilbuds kvalitative sider, noe som også har støtte i at ”estetiske egenskaper” er blant de opplistede kriteriene i anskfo § 10-2 (2) tredje punktum. Tilknytningsvilkåret er derfor ikke til hinder for at oppdragsgiver legger vekt på om et tilbud tar hensyn til omgivelsene ved plasseringen av et anlegg.

Det er derimot mer tvilsomt om et tildelingskriterium som premierer en miljøvennlig produksjonsprosess oppfyller vilkåret om tilknytning til kontraktsgjenstanden.

Forurensning fra produksjonen kan være like skadelig for miljøet som forurensning fra det endelige produktet. Av denne grunn vil det være nyttig for oppdragsgiver å begrense de eksterne kostnadene ved å premiere leverandører som legger vekt på miljøvennlige produksjonsmetoder.

Det er imidlertid ingen nødvendig sammenheng mellom måten et produkt blir framstilt på, og det endelige produktet. Det er med andre ord mulig at det endelige produktet blir av like god kvalitet uavhengig av hvor miljøvennlig produksjonsprosessen har vært. En

vurdering av produksjonsprosessen synes derfor ikke å bidra til å fremme tilbudets kvalitative og kvantitative sider. Tildelingskriterier som fremmer miljøvennlige produksjonsprosesser, vil derfor ikke ha den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden.

At anskaffelsen fremmer sosiale aspekter, kan også representere en verdi for oppdragsgiver. På samme måte som plikten til å ivareta miljøet er traktatfestet, inneholder EF-traktaten bestemmelser som forplikter oppdragsgiver til å fremme sosiale målsettinger. EF-traktaten art 136 flg pålegger for eksempel statene å ivareta typiske sosiale hensyn, og EF-traktaten art 3.2 knesetter det grunnleggende prinsippet om likestilling mellom kjønnene.⁹³

Vilkåret om tilknytning til kontraktsgjenstanden legger likevel relativt omfattende begrensninger på oppdragsgivers muligheter til å fremme sosiale hensyn gjennom de ordinære tildelingskriteriene. Som tidligere nevnt, vil sysselsetting av langtidsarbeidsledige for eksempel ikke kunne fremmes gjennom de ordinære tildelingskriteriene.

Et tilsvarende resonnement kan legges til grunn også for ønsket om å benytte anskaffelsene til å gi innvandrere innpass i arbeidsmarkedet. Det vil være uten innvirkning på tilbudets kvalitative og kvantitative sider om innvandrere har deltatt i produksjonen. Heller ikke integreringshensyn vil derfor kunne fremmes i tildelingsfasen.

Et hensyn som derimot kan tenkes fremmet, er ønsket om tilrettelegging for funksjonshemmede. I teknisk forskrift pålegges oppdragsgiver å oppfylle enkelte minstekrav i forhold til tilretteleggingen for handicappede.⁹⁴ Tilbudene må følgelig tilfredsstille disse kravene. Spørsmålet om hensynet til funksjonshemmede kan fremmes

⁹³ Disse bestemmelsene er inntatt i EØS-avtalen art 66 flg

⁹⁴ jf forskrift om krav til byggverk og produkter til byggverk av 22. januar 1997 nr 33, §§ 10-1 flg

i tildelingsfasen, er derfor bare aktuelt der oppdragsgiver ønsker å tilrettelegge ut over det som følger av forskriften.

I mange tilfeller vil spesifikasjonsfasen være det mest hensiktsmessige stedet å fremme dette hensynet. Dersom det er ønskelig at også blinde skal kunne bruke heiser i høybygg, kan for eksempel oppdragsgiver kreve at heisene skal være tilrettelagt blinde. Andre ganger mangler imidlertid oppdragsgiver den nødvendige oversikten til å fastsette slike spesifikasjoner. Ved utbygging av sykehus kan det for eksempel være ønskelig å kunne premiere tilbud med arkitektoniske løsninger som er gunstige for bevegelseshemmede. I disse tilfellene vil aspektet ha innvirkning på de kvalitative sidene ved tilbudet, og det vil dermed ha den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden.

9.3 Supplerende tildelingskriterier som fremmer sekundære aspekter

Det kan tenkes at de supplerende tildelingskriteriene kan brukes til å fremme de sekundære aspektene som ikke oppfyller tilknytningsvilkåret. Denne adgangen beror på hvilke hensyn som lovlig kan fremmes gjennom slike supplerende tildelingskriterier.

I sak C-225/98, Nord-Pas de Calais, angir ikke Domstolen de materielle grensene for adgangen til å anvende supplerende tildelingskriterier. Ettersom Domstolen tillot supplerende tildelingskriterier som fremmet sysselsettingen av langtidsarbeidsledige, er det likevel sikkert at dette hensynet kan fremmes.

I tolkningsmeddelelsen om mulighetene til å fremme sosiale aspekter gjennom offentlige anskaffelser, åpner Kommisjonen for at de supplerende tildelingskriteriene kan vurdere også andre sosiale aspekter enn sysselsettingshensynet.⁹⁵

Gode grunner kan imidlertid tale for at adgangen til å fremme sosiale aspekter gjennom supplerende tildelingskriterier er begrenset til å gjelde sysselsettingshensyn.

Arbeidsledigheten er stor i medlemsstatene i EU, og sysselsetting er derfor et av de

⁹⁵ jf KOM(2001) 566 s 16

overordnede målene i fellesskapet. I forhold til de øvrige sosiale aspektene som kan ønskes fremmet, står sysselsettingshensynet derfor i en særstilling. Av denne grunn bør det vises forsiktighet med å tolke avgjørelsen så vidt at Domstolen åpner for at også andre sosiale aspekter kan fremmes gjennom de supplerende tildelingskriteriene.

Før Domstolen eventuelt presiserer hvilken adgang det er til å fremme hensyn gjennom supplerende tildelingskriterier, er det derfor ikke grunnlag for å si at andre hensyn enn sysselsettingshensynet kan fremmes.

9.4 Bør oppdragsgiver benytte adgangen til å fremme sekundære formål

Drøftelsen i dette avsnittet vil trekke fram positive og negative sider ved en implementering av sekundære aspekter i tildelingsfasen. Selv om oppdragsgiver har mulighet til å legge vekt på sekundære formål i tildelingsfasen, er det nemlig ikke gitt at denne adgangen bør benyttes.

En fordel med å fremme sekundære formål i tildelingsfasen er at offentlige anskaffelser på denne måten kan brukes til å begrense eksterne kostnader. Eksterne kostnader er utgifter som påføres samfunnet som helhet på grunn av skadevirkninger fra et produkt. Kostnadene som påføres produsent og konsument, er ikke store nok til at disse har et incitament til å begrense skadevirkningene i tilstrekkelig grad, og det blir opp til samfunnet som helhet å motarbeide årsaken til utgiftene.

En slik ekstern kostnad kan for eksempel være de miljømessige skadene et produkt påfører samfunnet. Hvis ikke de miljømessige skadevirkningene er internalisert i produktets pris gjennom for eksempel avgifter, vil det være bedriftsøkonomisk lønnsomt å gå til innkjøp av et billig produkt som forurensar framfor et dyrere som ikke forurensar. For private konsumenters del vil incentivet til å benytte miljøvennlige produkter i stor grad være begrenset til verdien av positiv medieomtale som ”grønn bedrift”. Dersom denne verdien ikke overstiger merutgiftene forbundet med det miljøvennlige produktet, vil det derfor være ulønnsomt for private aktører å velge det miljøvennlige produktet.

Det er samfunnet som helhet som blir påført de eksterne kostnadene, og i motsetning til private aktører, er det offentlige forvalter av fellesverdiene. Det er derfor det offentlige som til slutt vil bli sittende igjen med utgiftene de eksterne kostnadene påfører. Av denne grunn vil offentlige oppdragsgivere kunne tjene på å gå til anskaffelse av det dyre, miljøvennlige produktet istedenfor det billige, men forurensende. Ved å internalisere de eksterne kostnadene i anskaffelsen kan det offentlige på denne måten føre en anskaffelsespolitikk som er samfunnsøkonomisk lønnsom.

Ønsket om begrensning av de eksterne kostnadene er imidlertid av generell art, og andre virkemidler som lovbestemmelser og avgifter kan også brukes for å nå dette målet. Ønsker oppdragsgiver likevel å bruke anskaffelsesinstrumentet til å fremme sekundære formål, er det heller ikke gitt at tildelingsfasen er den fasen som er best egnet. Årsaken er at oppdragsgiver gis en utstrakt adgang til å fremme sekundære aspekter ved spesifikasjonen av tilbudet. Nettopp spesifikasjonsfasen blir i forarbeidene til lov om offentlige anskaffelser fremhevet som egnet til å fremme sekundære aspekter. I behandlingen av spørsmålet om miljøvern skal nevnes som et av aspektene som kan fremmes i tildelingsfasen, uttaler departementet at det verken er

”nødvendig eller ønskelig å innta miljø som et tildelingskriterium for at man skal kunne stille krav vedrørende f eks helse- og miljøfarlige kjemikalier eller gjenvunnet materiale i produktene... Dersom man ønsker å stille krav til produktet[,] må dette inntas i spesifikasjonene. Hvis det miljørelaterte kravet har økonomisk relevans for anskafferen, kan det også legges vekt på under tildelingen,...”.⁹⁶

Etter lovgivers syn er altså spesifikasjonsfasen den fasen som er best egnet til å legge vekt på de sekundære aspektene. Lovgiver tar derfor til orde for at oppdragsgiver skal begrense seg til å fremme miljørelaterte hensyn der disse også har økonomisk relevans.

Ved å forandre litt på faktum i sak C-513/99, De finske bussene, kan bruken av miljørelaterte spesifikasjonskrav illustreres. I saken som var oppe for Domstolen, hadde

⁹⁶ jf Ot.prp nr 71 (1997-98) s 40

oppdragsgiver premierte bussenes utslippsnivå slik at busser med utslippsnivå under 4 g/kWh fikk 2,5 poeng og busser med utslippsnivå under 2 g/kWh fikk 3,5 poeng. For å sikre at utslippet ble holdt på et tilstrekkelig lavt nivå, kunne oppdragsgiver også ha stilt et spesifikasjonskrav om at bussene skulle ha utslippsnivå under 2 g/kWh.

Selv om lovgiver tilsynelatende tar til orde for det motsatte, kan det likevel være fordelaktig å fremme de sekundære aspektene i tildelingsfasen framfor i spesifikasjonsfasen. Tildelingskriterier skiller seg fra spesifikasjonskrav ved at graden av måloppnåelse premieres. Ettersom leverandørene dermed får et incentiv til å oppfylle kriteriet på best mulig måte, gir kriteriet oppdragsgiver muligheten til se hvor godt leverandørene er i stand til å oppfylle kriteriet. Ved bruk av spesifikasjonskrav må oppdragsgiver derimot på forhånd fastsette oppnåelsen av det sekundære målet. Leverandørene vil ikke ha noen oppfordring til å levere tilbud som oppfyller de sekundære aspektene i større grad enn det som er påkrevd. Dersom kravet settes for lavt, vil markedets potensiale følgelig ikke utnyttes maksimalt.

En annen ulempe med sekundære spesifikasjonskrav er at oppdragsgiver ikke gis muligheten til å bedømme oppnåelsen opp mot eventuelle prismessige ulemper. Denne fleksibiliteten gis der de sekundære aspektene fremmes i tildelingsfasen.

Det er imidlertid også ulemper forbundet med å internalisere de eksterne kostnadene i tildelingsfasen. Fremme av sekundære aspekter vil isolert sett gjøre anskaffelsen dyrere fordi den tilbudte prisen får et påslag som følge av de økte kravene til tilbudene. Lønnsomheten avhenger derfor av at de sekundære aspektene implementeres på en slik måte at de eksterne kostnadene internaliseres optimalt. Dette stiller store krav både til utformingen av tildelingskriteriene og anvendelsen av disse.

En forutsetning for at det skal være lønnsomt å fremme sekundære aspekter i tildelingsfasen, er at vurderingene som foretas, faktisk er egnet til å begrense de eksterne kostnadene. For at oppdragsgiver skal kunne vite hvilke hensyn som bør fremmes ved ulike anskaffelser, stilles det store krav til kunnskap om markedet og interaksjonen mellom aktørene. Det er ikke gitt at oppdragsgiver har den nødvendige kompetansen på dette området. Der det er uklart om oppdragsgiver sitter inne med de

nødvendige opplysningene for å kunne fremme de riktige hensynene, bør han avstå fra å ta sjansen på at de riktige vurderingene blir lagt til grunn. Årsaken til dette er at fremme av sekundære aspekter gjør anskaffelsen dyrere, slik at en feilaktig vektlegging av forholdene vil gjøre ressursbruken mindre effektiv.

Videre stiller en implementering av sekundære aspekter store krav til bedømmelsen av tilbudene. Grunnen er at tildelingskriteriene som fremmer sekundære aspekter bringer inn andre vurderinger enn de rent bedriftsøkonomiske. Oppdragsgivers primærkompetanse består i å bedømme hvilket tilbud som er det beste. Av denne grunn vil den bredere bedømmelsen av de sosiale og miljømessige hensynene skille seg fra de vurderinger oppdragsgiver er best egnet til å foreta. Bedømmelsen vil derfor stille økte krav til kompetanse noe som vil gjøre vurderingen av tilbudene dyrere samt øke mulighetene for feilaktige vurderinger.

At de sekundære aspektene viser til bedømmelser som ikke er rent bedriftsøkonomiske, har også betydning for forutberegneligheten til leverandørene. Ettersom det vil være større grad av usikkerhet forbundet med bedømmelsen av tildelingskriterier som fremmer sekundære formål, minsker leverandørenes muligheter til å bedømme sine sjanser til å nå fram i konkurransen. En utstrakt bruk av tildelingskriterier som fremmer sekundære formål, vil derfor kunne virke konkurransebegrensende. Denne konkurransebegrensningen vil igjen føre til økt risiko for at oppdragsgivers ressurser ikke benyttes effektivt.

10 VEKTLEGGING AV FORHOLD VED LEVERANDØREN I TILDELINGSFASEN

10.1 Problemstilling

Anskaffelsesprosessen er delt inn i ulike faser som til sammen skal sikre at oppdragsgiver får et best mulig produkt til en lavest mulig pris. Ved siden av tildelingsfasen der de ulike aspektene ved tilbudene vurderes for å avgjøre hvilket tilbud

som best samsvarer med oppdragsgivers behov, består en anskaffelse blant annet av en kvalifikasjonsfase. I kvalifikasjonsfasen gis oppdragsgiver adgang til å stille krav til leverandørenes virksomhet, og de leverandørene som oppfyller disse kvalifikasjonskravene, vil presumptivt være i stand til å utføre det aktuelle oppdraget.

Fremgangsmåten ved oppstilling av kvalifikasjonskrav følger av anskfo §§ 5-5 flg. Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver kan stille krav til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling. Ut over disse generelle føringene gir ikke forskriften noen nærmere anvisning på hvilke kvalifikasjonskrav som kan stilles. Det er imidlertid alminnelig antatt at rammene for hvilke krav som kan stilles, skal utledes av kravene til dokumentasjon i anskfo §§ 5-10 flg. Dette innebærer at det ikke kan anvendes kvalifikasjonskrav som ikke naturlig følger av listen over dokumentasjon.

Kvalifikasjonsfasen gir altså oppdragsgiver mulighet til å vurdere leverandøren ved hjelp av kvalifikasjonskrav. Problemstillingen som vil bli behandlet videre, er om anskaffelsesregelverket også åpner for å legge vekt på leverandørens egenskaper i tildelingsfasen.

10.2 Det tradisjonelle utgangspunktet

Det tradisjonelle utgangspunktet har vært at vurderinger av leverandørens egnethet er forbeholdt kvalifikasjonsfasen slik at oppdragsgiver ikke kan vektlegge disse aspektene i tildelingsfasen. Et av grunnlagene for denne tesen er direktivene som legger opp til at tildeling av kontrakt skal skje etter at kvalifikasjonene er prøvet.⁹⁷ Et annet grunnlag er Domstolens avgjørelse i sak 31/87 Beentjes. I *Beentjes-dommen* valgte oppdragsgiver et annet tilbud enn det billigste. Årsaken til at det laveste tilbudet ikke ble valgt, var at leverandøren ikke ble ansett for å være kapabel til å oppfylle en betingelse om sysselsetting av langtidsarbeidsledige i en byggekontrakt.⁹⁸ I vurderingen av om anskaffelsen hadde foregått i tråd med regelverket, behandlet Domstolen spørsmålet om

⁹⁷ jf dir 93/36/EØF art 15.1, dir 93/37/EØF art 18 og dir 92/50/EØF art 23

⁹⁸ se også pkt 7.2

denne vurderingen av leverandørens egenskaper var fremmet gjennom tildelingskriteriene.

I sitt forslag til avgjørelse argumenterer Generaladvokaten for at vurderinger av leverandøren skal være forbeholdt kvalifikasjonsfasen. Etter Generaladvokatens syn skal tildelingskriteriene:

”vedroere arten af det arbejde, der skal udfoeres, eller de naermere bestemmelser for dets udfoerelse, med udelukkelse af betragtninger vedroerende ’yderen’. Forenklet kan man sige, at kriterierne for tildeling ’paa grundlag af det oekonomisk mest fordelagtige bud’ vedroerer ’produktet’ og ikke ’producenten’, ’arbejdets’ kvaliteter og ikke entreprenoerens. Herved sonder direktivet klart mellem kriterierne for efterproevelse af egnetheden, som vedroerer entreprenoerens egenskaber, og kriterierne for tildeling af kontrakten, som vedroerer kvaliteten af den ydelse, som han tilbyder, og af det arbejde som han agter at udfoere [min understrekning].”⁹⁹

Slik Generaladvokaten forstår anskaffelsesreglementet, er det følgelig bare i kvalifikasjonsfasen oppdragsgiver kan vurdere leverandørens egenskaper.

Domstolen tillot anvendelsen av sysselsettingsbetingelsen, men sa uttrykkelig at betingelsen ikke kunne benyttes som et ordinært tildelingskriterium.¹⁰⁰ Denne konklusjonen treffes uten at Domstolen eksplisitt tar stilling til Generaladvokatens standpunkter angående forholdet mellom kvalifikasjons- og tildelingsfasen. Enkelte av Domstolens uttalelser kan likevel tolkes slik at Domstolen langt på vei deler Generaladvokatens syn. Slik Domstolen ser det, er

”...efterproevningen af entreprenoerernes egnethed til at udfoere det arbejde, der skal udbydes, og tildeling af kontrakten to forskellige processer som led i

⁹⁹ se Generaladvokatens forslag til avgjørelse avsnitt 35 og 36

¹⁰⁰ jf sak 31/87, Beentjes, avsnitt 28 sammenholdt med avsnitt 19.

indgaaelse af offentlige bygge - og anlægskontrakter ”. Domstolen fremhever videre at de ”...to processer [er] omfattet af forskellige regler ”.¹⁰¹

Disse uttalelsene viser at Domstolen anser det for å være grunnleggende forskjeller mellom tildelingsfasen og kvalifikasjonsfasen. Domstolen påpeker at prosessene ikke må blandes, men uttaler seg ikke uttrykkelig om hvilke tildelingskriterier som kan anvendes. Lest i sammenheng med Generaladvokatens innstilling kan det likevel tenkes at domspremissene skal forstås slik at vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner hører hjemme i kvalifikasjonsfasen.

Kommisjonen har senere gitt uttrykk for sin forståelse av *Beentjes-dommen*. I sitt forslag til revidert EF-veiledning tolker Kommisjonen *Beentjes-dommen* slik at dommen oppstiller et absolutt skille mellom kvalifikasjons- og tildelingsfasen. Konsekvensen av dette skillet er slik Kommisjonen ser det, blant annet at oppdragsgiver verken kan legge vekt på en leverandørs økonomiske situasjon i tildelingsfasen eller la en leverandør som ikke er kvalifisert, få være med i konkurransen fordi hans tilbud er fordelaktig. Etter Kommisjonens syn kan oppdragsgiver derfor ikke legge vekt på forhold ved leverandøren i tildelingsfasen.¹⁰²

Den fellesskapsrettslige motviljen mot en adgang til å premiere forhold ved leverandøren i selve tildelingsfasen, ble tatt hensyn til av lovgiver ved utarbeidelsen av lov om offentlige anskaffelser. I anskfo § 8-2 implementeres direktivets angivelse av fremgangsmåten ved valg av leverandør og tildeling av kontrakt. Etter bestemmelsen skal oppdragsgiver gå frem slik:

”Etter at kvalifikasjonene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert..., skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriterier fastlagt etter § 10-2[min understrekning]”.

¹⁰¹ jf op. cit avsnitt 15 og 16

¹⁰² se CCO/94/41 s 174

Ut fra ordlyden er det naturlig å lese bestemmelsen slik at den legger opp til at oppdragsgiver skal gjøre seg ferdig med vurderingen av leverandørens egenskaper i kvalifikasjonsfasen. Ordlyden utelukker likevel ikke at disse egenskapene også kan ha innflytelse i tildelingsfasen. I forarbeidene til bestemmelsen (som den gang het § 10-1) utdyper lovgiver sitt syn slik:

”Utvelgelsesprosessen må skilles fra selve tildelingsprosessen. Utvelgelse relaterer seg til vurdering av potensielle kontraktspartneres egnethet, mens tildelingen relaterer seg til vurdering av de tilbud som de egnede leverandører har inngitt. Det dreier seg således om to separate situasjoner i én og samme anskaffelsesprosess. Det er viktig at oppdragsgivere er oppmerksom på at vurderingen av konkurransedeltakernes egnethet til å utføre den ytelse det nå bes om tilbud på skal relateres til de kvalifikasjons- og utvelgelseskriterier som er oppgitt. I henhold til praksis fra EF-domstolen (se særlig Beentjes-saken, sak 31/87) synes det også klart at oppdragsgivere i meget begrenset utstrekning kan fortsette å legge vekt på utvelgelseskriteriene når man kommer over i tildelingsfasen. I tildelingsfasen skal oppdragsgiver i utgangspunktet se bort fra de vurderinger som da allerede skal være gjort i kvalifikasjons- og utvelgelsesfasen.”¹⁰³

Etter lovgivers oppfatning utelukker bestemmelsen ikke helt at forhold ved leverandøren kan tillegges vekt i tildelingsfasen, men lovgiver påpeker at en eventuell adgang er sterkt begrenset. Temaet underkastes imidlertid ingen selvstendig drøftelse, og forskriftens regel er begrunnet i lovgivers tolkning av de EØS-rettslige forpliktelsene. Dette er naturlig ettersom direktivene som regulerer de offentlige anskaffelsene, er harmoniseringsdirektiver som søker å gi et ensartet regelverk i de ulike medlemsstatene. For å sikre en lik anvendelse av reglene innenfor EØS-området bør følgelig adgangen til å vektlegge egenskaper ved leverandøren samsvare med rettsstillingen innenfor fellesskapsretten. En eventuell modifisering av fellesskapsrettens tradisjonelle utgangspunkt, vil derfor være av betydning for adgangen til å fremme egenskapene etter norsk rett.

¹⁰³ jf NOU 1997:21 s 216

Det tradisjonelle utgangspunktet kan forklares logisk ved at tilbudene som skal bedømmes i tildelingsfasen, er avgitt av leverandører hvis kvalifikasjoner allerede er prøvd i kvalifikasjonsfasen. Tanken er da at oppdragsgiver ikke har behov for å vurdere leverandørens egenskaper i tildelingsfasen fordi oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene gir tilstrekkelige svar på hvilke leverandører som holder tilstrekkelig høyt nivå.

En evaluering av leverandørene i kvalifikasjonsfasen kan også være ønskelig fra et rettsøkonomisk perspektiv. I begrensede anbudskonkurranser vil ikke-kvalifiserte leverandører siles ut allerede i kvalifikasjonsfasen. Disse vil da spare utgiftene forbundet med utarbeidelsen av tilbud samtidig som oppdragsgiver spares for å måtte behandle tilbud uten mulighet til å nå fram i konkurransen.

10.3 Innvendinger mot det tradisjonelle utgangspunktet

Et skille mellom vurderingene av leverandørens kvalifikasjoner og bedømmelsen av det tilbudte produkt er imidlertid ikke naturgitt. Grunnen er at også vurderingene av leverandørens evner til en god og riktig oppfyllelse har innvirkning på det endelige produktet. Vurderingene i de to fasene kan i mange tilfeller samlet sett imøtekomme oppdragsgivers vurderingsbehov, men det kan også tenkes anskaffelser der vurderingene vanskelig kan foretas atskilt.

Behovet for å vurdere leverandørens kompetanse i tilknytning til tilbudet kan være et utslag av at det konkurreres om en store og vanskelige oppgaver som stiller særlige krav til leverandøren under utførelsen. Et eksempel på en slik kontraktstype kan være prosjektering og oppføring av et større bygg. Dersom leverandøren ikke har de nødvendige kvalifikasjoner i en slik kontrakt, vil dette kunne føre til at forsinkelser eller behov for tilleggsarbeider fordi leverandøren ikke er i stand til å oppfylle kontraktsmessig.

Andre ganger kan vurderingsbehovet være begrunnet i at oppdragsgiver har et særlig behov for sikkerhet for at leverandøren er i stand til å levere. Dette kan for eksempel være tilfelle ved konkurranser om utrykningstjenester der en eventuell unnlatelse av oppfyllelse kan få fatale konsekvenser.

Et tredje forhold som kan gi et særlig behov for å vurdere leverandørens kvalifikasjoner, er konkurranser om kontrakter av en slik art at det ikke på forhånd lar seg gjøre å bestemme prisen eller tjenestens nærmere innhold. I slike kontraktsforhold vil leverandørens evne til å skape gode løsninger og produsere raskt ha betydning for hvilket tilbud som gir oppdragsgiver best valuta for pengene.

Felles for disse tilfellene er at vurderingen av leverandørens egenskaper har betydning for tilbudets kvalitative og kvantitative sider. Hvis oppdragsgiver er avskåret fra å vektlegge leverandørens egenskaper i slike kontrakter, vil bedømmelsen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige bli foretatt uten at viktige aspekter ved tilbudet inngår i bedømmelsesgrunnlaget.¹⁰⁴

Behovet for en vektlegging av kompetanse i slike kontrakter kan til en viss grad imøtekommes ved at oppdragsgiver stiller særlig strenge kvalifikasjonskrav. En optimal utforming av kvalifikasjonskravene vil da sikre at kun leverandører med tilstrekkelig kompetanse er kvalifisert til deltakelse i konkurransen. Det er imidlertid vesentlige betenkeligheter forbundet med en slik løsning på problemene.

Hvis oppdragsgiver anvender svært strenge kvalifikasjonskrav, vil færre leverandører være i stand til å delta, noe som vil gå utover konkurransen. Denne konkurransebegrensningen gir leverandørene muligheten til å presse den tilbudte prisen høyere enn hva markedet ellers skulle tilsi. Da leverandørenes egnethet bare er ett av flere aspekter i vurderingen, vil oppdragsgiver risikere at det skjerpede kravet til kvalifikasjoner alt i alt blir økonomisk ulønnsomt.

Et annet problem gjelder fastsettelsen av den konkrete terskelen for deltakelse i konkurransen. Oppdragsgivers ønske om kvalitativt gode leveranser tilsier at kvalifikasjonskravene skal settes strengt. På den annen side kan kravene ikke settes så strengt at leverandørene på markedet ikke er i stand til å oppfylle dem. Behovet for kvalitativ trygghet må derfor veies opp mot markedets tilbudte kompetanse, og risikoen

¹⁰⁴ se også Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, s 698 flg

for feil i denne avveiningen er betydelig. Ettersom en feilbedømmelse medfører en mulighet for at ressursene ikke blir anvendt effektivt, stiller avveiningen store krav til oppdragsgiver.

Der anskaffelsen stiller særlige krav til leverandørens kompetanse, er det altså ikke uproblematisk å foreta en tilfredsstillende bedømmelse av kompetansen i kvalifikasjonsfasen. I tildelingsfasen ville oppdragsgiver derimot hatt den nødvendige fleksibiliteten til å veie leverandørens egenskaper opp mot de øvrige aspektene ved tilbudet. Av denne grunn kan det hevdes at et absolutt skille mellom kvalifikasjons- og tildelingsvurderingene gjør systemet for rigid.

10.4 Utviklingen innen fellesskapsretten

10.4.1 Innledning

De siste årene har spørsmålet om oppdragsgiver kan vektlegge leverandørens egenskaper i tildelingsfasen, blitt behandlet i flere saker av de fellesskapsrettslige domstolene. Disse dommene har ført til sterke modifikasjoner i det tradisjonelle utgangspunktet om at vektlegging av forhold ved leverandøren er forbeholdt kvalifikasjonsfasen.

10.4.2 Evans/Macfarlan-saken

Spørsmålet om bruk av kvalifikasjonskrav som tildelingskriterier var aktuelt i sak C-324/93, Evans/Macfarlan. Saken gjaldt Storbritannias tilførsel av det narkotiske stoffet diacetylmorfin. Macfarlan var den eneste britiske produsenten som hadde tillatelse til å fremstille stoffet, og sakens hovedspørsmål var om britiske myndigheter kunne inngå en avtale med et nederlandsk selskap om innførsel av diacetylmorfinet. I denne sammenheng ble det stilt spørsmål om det var tillatt å legge vekt på et tildelingskriterium som premierte forsyningssikkerhet og mulighet for løpende forsyninger. Da kriteriet henspeiler på evnen til å levere stoffet over tid, vurderes i realiteten sannsynligheten for kontraktsoppfyllelse. Det springende punkt var om fremme av disse aspektene var forbeholdt kvalifikasjonsfasen.

EF-domstolen tok ikke utgangspunkt i det skillet mellom kvalifikasjons- og tildelingsfasen som ble presisert i sak 31/87 Beentjes-dommen, men derimot i de alminnelige kravene denne dommen oppstiller til tildelingskriteriene. Uten å behandle spørsmålet om egenskaper ved leverandøren kan bedømmes i tildelingsfasen, drøfter Domstolen om tildelingskriteriet kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. På grunn av behovet for sikkerhet som følge av det store skadepotensialet til narkotiske stoffer, kom Domstolen til at en vektlegging av de anførte forhold fremmet kvalitative sider ved kontraktsgjenstanden. Som en følge av dette, konkluderte Domstolen med at tildelingskriteriet var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.¹⁰⁵

I *Evans/Macfarlan-saken* tillot altså Domstolen at forhold ved leverandøren ble fremmet gjennom tildelingskriteriene. Adgangen til å vektlegge leveringssikkerheten ble imidlertid konkret begrunnet i det overordnede behovet for sikkerhet i leveransen. Av denne grunn er det vanskelig å si at dommen åpner for at forhold ved leverandøren skal kunne vektlegges på generelt grunnlag. Det er likevel klart at avgjørelsen åpner for at leveringssikkerhet kan vektlegges når særlige forhold tilsier det. Dette er også slått fast av Domstolen i den senere sak C-19/00, SIAC.¹⁰⁶

I Grønnboka fra 1996 unnlater Kommisjonen å kommentere *Evans/Macfarlan-saken*. Trass i at Domstolen på dette tidspunkt har tillatt forhold ved leverandøren fremmet i tildelingsfasen, uttaler Kommisjonen at:

”...the Court has made it perfectly clear that selection and contract award are two separate phases and therefore that the rules and criteria used in the two phases should not be confused....”.¹⁰⁷

¹⁰⁵ se sak C-324/93, *Evans/Macfarlan* avsnitt 42-49

¹⁰⁶ se sak C-19/00, SIAC, avsnitt 39

¹⁰⁷ Se Green paper (Public Procurement in the European Union, 1996)

Opprettholdelsen av synet på forholdet mellom kvalifikasjons- og tildelingsfasen har to mulige forklaringer. En årsak kan være at Kommisjonen rett og slett overså denne delen av premissene i *Evans/Macfarlan-saken*. Som nevnt er dommen omfattende og reiser mange viktige spørsmål om forståelsen av fellesskapsretten. Det kan derfor hende at Kommisjonen ikke fikk med seg utlegningene om adgangen til å benytte leveringssikkerhet som tildelingskriterium. En annen forklaring er at Kommisjonen så på avgjørelsen som et snevert unntak fra hovedregelen om at vurderinger av leverandøren skal foretas i kvalifikasjonsfasen. Unnlatelsen av å nevne at Domstolen hadde tillatt forhold ved leverandøren fremmet i tildelingsfasen, kan da forsvares med at Kommisjonen anså utfallet av saken for å være så sterkt knyttet opp mot de særlige hensynene at avgjørelsen uansett ville ha liten praktisk betydning.

Uavhengig av hvor vanskelig det vil være å generalisere synspunktene i *Evans/Macfarlan-saken*, viser avgjørelsen at Domstolen ikke anser skillet mellom kvalifikasjons- og tildelingsfasen for å være så absolutt at det utelukker vektlegging av forhold ved leverandøren i tildelingsfasen.

10.4.3 Renco-saken

Spørsmålet om leverandørens egenskaper kan bedømmes i tildelingsfasen, har senere blitt behandlet av Førsteinstansdomstolen i sak T-4/01, *Renco*. Saken gjaldt mulige brudd på anskaffelsesreglementet i en anbudskonkurranse arrangert av Rådet. Det følger av finansforordningen at Rådet skal følge de vanlige reglene for offentlige anskaffelser ved sine innkjøp.¹⁰⁸ Konkurransen gjaldt kontrakt for innredningsarbeider og vedlikeholdsarbeider av Rådets bygninger, og et sentralt spørsmål i saken var om Rådet hadde benyttet ulovlige tildelingskriterier. De omtvistede tildelingskriteriene var ”erfaringene til den gruppe personer som skulle utføre de aktuelle oppgavene”, ”virksomhetens erfaring og tekniske evner” og ”foreslåtte underleverandørers kvalitet”. Ankepunktet mot disse kriteriene var at de vurderte egenskaper ved leverandøren som skulle vært bedømt i kvalifikasjonsfasen.

¹⁰⁸ jf finansforordningen av 21. desember 1977, art 56

Førsteinstansdomstolen fant ikke at kriteriene var ulovlige fordi de omhandlet forhold ved leverandøren. Tvert imot fremhevet Førsteinstansdomstolen at oppdragsgiveren i stor grad står fritt til å bestemme hvilke tildelingskriterier han ønsker å benytte. Denne friheten er ifølge Førsteinstansdomstolen bare begrenset ved at de valgte kriteriene må være egnede til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Ut fra domspremissene er det naturlig å forstå Førsteinstansdomstolen slik at dette innebar at tildelingskriteriene kunne fremmes såfremt de bedret tilbudets kvalitative sider.¹⁰⁹

Førsteinstansdomstolen fant at tildelingskriteriene omhandlet

”kvalitative forhold, der, såfremt de ikke er af den standard, der kræves i kontrakten, kan medføre forsinkelser i gennemførelsen af arbejderne eller kan nødvendiggøre, at yderligere arbejder udføres”.¹¹⁰

Av denne grunn hadde disse sidene av leverandørens egenskaper innvirkning på tilbudets kvalitative sider. Kriteriene var følgelig egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og ble derfor tillatt anvendt.

I denne avgjørelsen godtar Førsteinstansdomstolen at forhold ved leverandøren kan ha betydning for hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige. I motsetning til *Evans/Macfarlan-saken*, var det ingen særskilte hensyn som begrunnet dette standpunktet. Dommen gir derfor signaler om at behovet for å i enkelte tilfeller legge vekt på leverandørens egenskaper ved valg av tilbud, blir imøtekommet av anskaffelsesreglementet.

Det er likevel enkelte innvendinger mot å gi dommen en for vidtrekkende rettskildemessig betydning. For det første er avgjørelsen avsagt av Førsteinstansdomstolen. Den hierarkiske oppbygningen av de fellesskapsrettslige domstolene innebærer at Førsteinstansdomstolenes avgjørelser ikke skal tillegges like

¹⁰⁹ se sak T-4/01, Renco, avsnitt 66

¹¹⁰ se op. cit. avsnitt 68

stor vekt som Domstolens avgjørelser. Avgjørelsen kan derfor neppe alene være tilstrekkelig til å fravike Domstolens standpunkt i sak 31/87, Beentjes. For det andre drøfter ikke Førsteinstansdomstolen forholdet til foreliggende praksis fra Domstolen. Dette kan indikere at avgjørelsen er truffet på et mangelfullt grunnlag, og har ført til at enkelte teoretikere har hevdet at Førsteinstansdomstolens avgjørelse i *Renco-saken* rett og slett er uriktig.¹¹¹

Førsteinstansdomstolens aksept av at leverandørens egenskaper ble vektlagt i tildelingsfasen, gir dermed ikke det endelige svaret på om anskaffelsesreglementet anerkjenner en slik adgang.

10.4.4 GAT-saken

EF-domstolens avgjørelse i sak C-315/01, GAT, gir signaler om at EF-domstolen er tilbøyelig til å godkjenne tildelingskriterier som vurderer forhold ved leverandøren. Etter en anbudskonkurranse for levering av en gatefeiemaskin til det østerrikske veidirektoratet ble det reist søksmål for nasjonale domstoler som ba om en forhåndsavgjørelse av EF-domstolen. Enkelte av spørsmålene EF-domstolen skulle besvare, gjaldt gyldigheten av de anvendte tildelingskriteriene. I tillegg til tilbudt pris var det blant annet lagt vekt på hvor mange kunder leverandørene hadde på referanselister for levering av tilsvarende maskiner. Det var bare antallet kunder som var av interesse. Hvor fornøyde kundene hadde vært, ble ikke tillagt betydning.

I sin behandling av spørsmålet om dette tildelingskriteriet kunne benyttes, tar Domstolen utgangspunkt i det prinsipielle skillet mellom kvalifikasjons- og tildelingsfasen som er påpekt i sak 31/87, Beentjes.¹¹² Dette skillet bruker imidlertid ikke Domstolen til å utlede et forbud mot å benytte tildelingskriterier som vurderer

¹¹¹ Jf Dr Braun: “ The Use of Qualitative Award Criterie and the Difference between Award and Qualification Criteria: A note on T-4/01, Renco SpA v Council of the European Union”, Public Procurement Law Review 2003 s NA 116

¹¹² jf sak C-315/01, GAT, avsnitt 57-67

leverandørens egenskaper. Istedenfor vises det til sak C-19/00, SIAC, og sak C-513/99. De finske bussene, der Domstolen har slått fast at direktivenes kriterieliste ikke angir noen uttømmende oppregning av hvilke forhold oppdragsgiver kan legge vekt på i tildelingsfasen. På bakgrunn av direktivene og de nevnte avgjørelsene kommer Domstolen til at anskaffelsesreglementet overlater til oppdragsgiver å avgjøre hvilke tildelingskriterier han ønsker å benytte, så lenge han ”kun velge[r] kriterier, som har til formål at identifisere det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.¹¹³

Domstolen kom riktig nok til at tildelingskriteriet ikke kunne benyttes. En liste som inneholdt antallet tidligere kunder og deres identitet, uten noen opplysninger om hvilke leveranser som var foretatt og om kundene var fornøyd med leveransene, ble ikke ansett egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.¹¹⁴ Avvisningen av tildelingskriteriet er imidlertid konkret begrunnet, og Domstolens generelle tilnærningsmåte til spørsmålet i avsnitt 62-64 tyder på at Domstolen ikke utelukker at tildelingskriteriene kan premiere forhold ved leverandøren. Forutsetningen er da at tildelingskriteriene som anvendes, bidrar til å avgjøre hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, og dette var ikke tilfelle i denne konkrete saken. Et tildelingskriterium som utelukkende ber om opplysninger om antallet tidligere kunder, åpner for at en leverandør med et stort antall mellomfornøyde eller misfornøyde kunder kan score bedre enn en leverandør med et fåtall svært fornøyde kunder. Av denne grunn er tildelingskriteriet ikke egnet til å påvise kvalitative fortrinn ved tilbudene, og det er derfor ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Ut fra Domstolens argumentasjon later det til at tildelingskriterier som påviser kvalitative fortrinn, er forenlige med anskaffelsesregelverket. Er denne antagelsen korrekt, har Domstolen vurdert lovligheten av tildelingskriteriet på samme måte som Førsteinstansdomstolen gjorde i sak T-4/01, Renco. De fellesskapsrettslige domstolene later dermed til å åpne for at enkelte tildelingskriterier som fremmer forhold ved leverandøren, skal kunne anvendes.

¹¹³ jf sak C-315/01, GAT, avsnitt 64

¹¹⁴ jf op. cit. avsnitt 66

10.5 Hvilke vurderinger kan lovlig foretas i tildelingsfasen

Ettersom Domstolen ikke har tillatt vektleggingen av leverandørens egenskaper i tildelingsfasen uten at saksforholdet er spesielt, er det ikke endelig avklart i hvilken grad anskaffelsesreglementet åpner for en slik vektlegging. Ettersom foreliggende praksis likevel gir klare indikasjoner på at det åpnes for å vurdere forhold ved leverandøren i tildelingsfasen, blir spørsmålet når slike vurderinger skal anses lovlige.

En innfallsvinkel kan være at leverandørens egenskaper kan fremmes så lenge de alminnelige vilkårene er oppfylt. Det er imidlertid lite trolig at dette er tilstrekkelig. Direktivene legger opp til at kvalifikasjonskravene som benyttes, skal bidra til at det tilbudte produktet blir så godt som mulig. Dette synet kommer enda klarere fram i det norske regelverket der anskfo § 5-5 (2) krever at kvalifikasjonskravene "... skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene...". De kravene som stilles leverandøren vil derfor nettopp være knyttet til den ytelsen leverandøren skal levere.

I anskfo § 8-12 oppregnes det enkelte forhold ved leverandøren som ubetinget skal føre til utelukkelse fra konkurransen. Denne bestemmelsen er utformet etter mønster fra direktivene.¹¹⁵ De avvisningsgrunnene som oppstilles i § 8-12 har ikke tilknytning til tilbudet, men er begrunnet i samfunnsmessige hensyn. Ettersom hensynene bak disse utelukkelsesgrunnene skiller seg fra de øvrige, vil drøftelsen videre konsentrere seg om adgangen til å vektlegge forhold ved leverandøren som kunne vært fremmet etter anskfo §§ 5-5 flg.

Som bestemmelsens ordlyd viser, er det en forutsetning for at forhold ved leverandøren skal kunne fremmes etter anskfo § 5-5, at de har innvirkning på leveransen.

Konsekvensen av dette blir at alle forhold som kan fremmes etter § 5-5 vil ha den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden. Regelverket legger imidlertid opp til at forhold ved leverandøren fortrinnsvis skal fremmes i kvalifikasjonsfasen, og en prosess der de samme egenskapene også kan fremmes i tildelingsfasen, vil være lite hensiktsmessig. Av denne grunn bør det ikke være tilstrekkelig for at leverandørens egenskaper skal kunne fremmes gjennom tildelingskriteriene, at de alminnelige

¹¹⁵ jf dir 93/36/EØF art 20, dir 93/37/EØF art 24 og dir 92/50/EØF art 29

vilkårene er oppfylt. Denne forståelsen av regelverket er da også vanskelig forenlig med at Domstolen avviste at de aktuelle forholdene ved leverandøren ble fremmet i *GAT-dommen*.

Den foreliggende rettspraksis er lite egnet til å foreta en nærmere avgrensning av i hvilke situasjoner leverandørens kompetanse kan vektlegges i tildelingsfasen. Det som imidlertid virker klart, er at kompetansen tillates vektlagt i enkelte situasjoner, og at det ikke er tilstrekkelig at premieringen av leverandørens egenskaper oppfyller de alminnelige vilkårene.

En mulig forklaringsmodell er at leverandørens egenskaper kan fremmes der oppdragsgiver har et særlig behov for å vurdere kvalifikasjonene ut over den adgangen som gis i kvalifikasjonsfasen. Dette er tilfelle der en ytterligere vektlegging av forhold ved leverandøren bidrar til å bedre tilbudets kvalitative og kvantitative sider. Denne teorien har en viss støtte i premissene i de sakene der de fellesskapsrettslige domstolene har vurdert om forhold ved leverandøren kan fremmes i tildelingsfasen. Felles for de sakene der leverandørens egenskaper er tillatt vektlagt, er at vurderingen av egenskapene i kvalifikasjonsfasen ikke har vært tilstrekkelig til å sikre et kvalitativt godt produkt. Domstolens måte å angripe spørsmålet på kan derfor tyde på at det skal foretas en prøving av om det har vært et særlig behov for å legge vekt på forholdene ved leverandøren i tildelingsfasen.

Spørsmålet om leverandørens egenskaper kan fremmes i tildelingsfasen, er også behandlet i en del saker av Klagenemnda. Fremstillingen videre vil forsøke å vise at Klagenemndas behandling av spørsmålet er forenlig med teorien om at leverandørens egenskaper bare kan vurderes i tildelingsfasen der det foreligger et særlig vurderingsbehov.

I KOFA 2003/3 tillot ikke Klagenemnda at oppdragsgiver la vekt på forhold ved leverandøren i tildelingsfasen. Saken gjaldt spørsmål i forbindelse med en anbudskonkurranse for bygging av familieboliger på Setermoen. Klagenemnda kom til at tildelingskriteriene ”leveringsdyktighet”, ”kompetanse og erfaring fra prosjektering

og oppføring av tilsvarende bygg”, ”oppdragsgivers erfaring med tilbyder” og ”øvrige økonomiske forhold” ikke kunne anvendes i konkurransen.

I denne vurderingen ble det tatt utgangspunkt i at det skulle leveres et nærmere avtalt resultat til en avtalt totalpris slik at anskaffelsen hadde begrenset kompleksitet. Av denne grunn kom Klagenemnda til at det var ”vanskelig å se at det er elementer i vurderingen som innklagede ikke kunne ha ivaretatt ved vurderingen av tilbyderens kvalifikasjoner”. En ytterligere vurdering av egenskapene i tildelingsfasen ville derfor ikke kunne påvise kvalitative eller kvantitative fortrinn ved tilbudene, og oppdragsgivers vurderingsbehov ble ansett dekket gjennom kvalifikasjonsfasen.

Klagenemndas avgjørelse i KOFA 2003/74 gir derimot et eksempel på en sak der det forelå et særlig vurderingsbehov. Saken gjaldt konkurranse om utarbeidelse av et forprosjekt til et sykehjem, og oppdragsgiver hadde blant annet benyttet tildelingskriteriet ”kompetanse”. En av de deltagende leverandørene hevdet at oppdragsgiver hadde brutt regelverket ved å bruke kvalifikasjonskrav som tildelingskriterier. Klagenemnda tok utgangspunkt i at også tildelingskriterier som knytter seg til forhold ved leverandøren, kan tenkes å påvirke tilbudets verdi. Ettersom kontrakten hadde vesentlige elementer av innsatsforpliktelse, tillot Klagenemnda tildelingskriteriet ført, og begrunner sitt syn med at:

”At leverandørens kompetanse og erfaring påvirker tilbudets verdi, må i alle fall gjelde for kontrakter som består av en innsatsforpliktelse. Ved tjenestekontrakten som består i konsulentoppdrag vil det ofte være ugjørlig å skille vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner fra vurderingen av tilbudets kvalitet.”

I det aktuelle kontraktsforholdet ville det være leverandørens evne til å produsere et hensiktsmessig forprosjekt som var avgjørende for kvaliteten av den tilbudte ytelsen. Av denne grunn hadde oppdragsgiver et særlig behov for å legge vekt på leverandørens kvalifikasjoner ved bedømmelsen av tilbudene.

Avgjørelsen i KOFA 2003/59 støtter opp om et skille mellom egenskaper oppdragsgiver har et særlig behov for å vektlegge, som kan fremmes, og andre egenskaper som ikke kan fremmes. Bodø kommune hadde utlyst en anbudskonkurranse vedrørende planlegging av en ny skole. Planleggingen omfattet blant annet prosjekteringsledelse, samt arkitekt- og rådgivertjenester. Det ble stilt spørsmål om flere av de opplyste tildelingskriteriene var forenlige med anskaffelsesregelverket.

Klagenemnda kom til at kriteriene ”kapasitet”, ”kompetanse/referanse firma” og ”økonomisk soliditet” ikke kunne benyttes. Det gis ingen begrunnelse for dette, men avgjørelsen bygger trolig på at samtlige leverandører var kvalifisert til deltakelse, og derfor ville være i stand til å levere et tilbud i tråd med oppdragsgivers ønsker. En ytterligere vektlegging av disse forholdene ville være uten nevneverdig betydning for tilbudets kvalitative sider. Annerledes stilte det seg med tildelingskriteriet ”Kompetanse/referanse tilbudt personell”. Dette kriteriet var etter Klagenemndas syn egnet til å påvise kvalitative fortrinn ved tilbudet.

Det kan umiddelbart virke merkelig at kriteriet som behandlet ”kompetanse/referanse firma” ikke var forenlig med regelverket, mens kriteriet ”kompetanse/referanse tilbudt personell” ble tillatt. Denne sontringen kan forklares ut fra anskaffelsens art. Planleggingen av skolen innebar et betydelig element av innsatsforpliktelse, og Klagenemnda anerkjente oppdragsgivers behov for å vektlegge den oppdragsspesifikke kompetansen. I kvalifikasjonsfasen hadde oppdragsgiver mulighet til å stille krav til leverandørens generelle kompetanse, og sikre at de ulike firmaene som sådan var kompetente til å utføre arbeidet. Det aktuelle tildelingskriteriet ga imidlertid oppdragsgiver mulighet til å rangere tilbudene etter kompetansen til det personellet de ulike leverandørene ønsket å benytte for å oppfylle kontraktsforpliktelsen.

Disse avgjørelsene viser at i kontraktsforhold som stiller særlige krav til leverandørens evne til å skape gode løsninger, kan leverandørens kyndighet være av betydning for tilbudets kvalitative sider. Også i andre saker har Klagenemnda tillatt oppdragsgiver å

premiere leverandørens kyndighet i tildelingsfasen der oppdragsgiver har hatt et særlig vurderingsbehov.¹¹⁶

Et annet spørsmål er om oppdragsgiver også kan benytte tildelingskriterier som vektlegger leverandørens økonomiske soliditet. Det følger av anskfo § 5-5 at leverandørens økonomiske stilling er et av hensynene som kan fremmes gjennom kvalifikasjonskravene. Avgjørende for om aspektet kan tillegges vekt i tildelingsfasen, er om leverandørens økonomiske stilling kan være av særlig betydning for tilbudenes kvalitet ved enkelte anskaffelser.

Spørsmålet om ”soliditet” kunne brukes som et tildelingskriterium, ble behandlet av Klagenemnda i KOFA 2003/178. Saken gjaldt konkurranse om leie av anleggsmaskiner, og oppdragsgiver hevdet at det var en fordel å inngå kontrakt med en økonomisk solid leverandør. Klagenemnda fant derimot at ved denne anskaffelsen ville kriteriet ikke kunne påvirke vurderingen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige. Antakelig har Klagenemnda resonnert slik at kriteriet ikke var egnet til å bedre tilbudets kvalitative eller kvantitative sider, og oppdragsgiver hadde derfor ikke hatt et særlig behov for å vurdere soliditeten i tildelingsfasen.

Det danske *Klagenævnet for Udbud* har derimot tillatt oppdragsgiver å legge vekt på leverandørens soliditet i tildelingsfasen. En avgjørelse avsagt av 3. januar 2002 gjaldt anbudskonkurranse for tildeling av kontrakt for sittende persontransport. Spørsmålet var om oppdragsgiver kunne benytte tildelingskriteriet ”driftssikkerhed”. Klagenævnet startet med å presisere at kriteriet ”driftssikkerhed”, i betydningen økonomisk soliditet, var et kvalifikasjonskrav som oppdragsgiver kunne ha anvendt i kvalifikasjonsfasen for å sile ut leverandører som ikke ville kvalifisert for deltakelse i konkurransen. Avgjørende for om forholdene likevel kunne fremmes i tildelingsfasen, var om driftssikkerheten også var av betydning for tilbudets kvalitative og kvantitative sider. Sett i lys av oppdragets art, fant Klagenævnet at tildelingskriteriet var forenlig med anskaffelsesdirektivet.

¹¹⁶ jf KOFA 2003/109 og KOFA 2003/201

Bakgrunnen for det ulike utfallet i de to sakene ligger trolig i arten av den ytelsen leverandøren skulle prestere. I avgjørelsen fra Klagenemnda tilsa ikke kontraktsforholdet at oppdragsgiver hadde behov for vektlegging av økonomisk soliditet ut over det som var sikret gjennom kvalifikasjonskravene. Kontraktsytelsen i saken for det danske Klagenævnet stilte derimot store krav til leverandørenes økonomiske stilling. Oppdraget gjaldt hyppig transport, og dersom kontraktsmotparten gikk konkurs, ville dette medføre kansellering av mange avganger og dermed også store tap for oppdragsgiver. Av denne grunn ble det ansett å være økonomisk fordelaktig for oppdragsgiver at han kunne sikre seg en leverandør med en solid økonomi. Det later derfor til at også leverandørens økonomiske stilling kan spille inn på et tilbuds kvalitative og kvantitative sider. I disse tilfellene kan da forholdet lovlig fremmes gjennom tildelingskriteriene.

DEL III: FASTLEGGELSEN AV TILBUDENES INNHold

11 INNLEDNING

Evalueringen av de innkomne tilbudene foregår som nevnt, ved at oppdragsgiver sammenholder tilbudene med de bedømmelsesparametrene som gjelder i konkurransen. Det faktiske grunnlaget som blir bedømt, vil naturlig nok være av stor betydning for utfallet av vurderingen. Av denne grunn vil dette avsnittet drøfte hvilke rettslige normer som gjelder for fastleggelsen av bedømmelsens faktiske premisser.

12 TOLKNING AV TILBUDET

De innkomne tilbudene er informasjonsbærere for de faktiske opplysningene som skal legges til grunn for bedømmelsen av tildelingskriteriene. Gjennom prinsippene for avtaletolkning må det derfor fastlegges hva som tilbys. En utfyllende gjennomgang av disse prinsippene ville sprengte rammene for oppgaven, men for sammenhengens skyld vil jeg gi en innføring i de grunnleggende reglene som styrer prosessen.

Akkurat som i avtaleretten for øvrig gir ordlyden utgangspunktet for tolkningen av tilbudet. I mange tilfeller kan oppdragsgiver ut fra en ren språklig forståelse av tilbudet fastlegge dets innhold. Dersom levering for eksempel tilbys 15. januar 2004 kl 1500, er det ikke nødvendig med en ytterligere tolkning av tilbudet for å fastslå leveringstidspunktet.

Anbudsrettens særegenheter kommer først til uttrykk der en ren språklig fortolkning av ordlyden ikke alene er tilstrekkelig. Konkurranseselementet i en anbudskonkurranse gir

seg utslag i at leverandørene skal konkurrere på grunnlag av de innkomne tilbudene. Av denne grunn forutsettes det at det er minimal kontakt mellom oppdragsgiver og den enkelte leverandør i perioden fra tilbudsåpning til kontrakt tildeles.

Dette har betydning for adgangen til å avklare uklarheter i tilbudene. En mulig uklarhet kan være at tilbudet avviker fra konkurransegrunnlaget, for eksempel ved at det tas forbehold mot deler av ytelsesbeskrivelsen. Et slikt avvik er i utgangspunktet tillatt, men det følger av anskfo § 8-6 (1) at dersom en leverandør ønsker å avgi et tilbud som inneholder avvik fra konkurransegrunnlaget, skal dette fremgå klart av tilbudet. I bestemmelsens tredje punktum heter det videre at et slikt avvik skal være presist og entydig slik at oppdragsgiver kan vurdere det uten måtte å ta kontakt med leverandøren. Dersom et tilbud avviker fra konkurransegrunnlaget uten at vilkårene i § 8-6 (1) er oppfylt, skal tilbudet avvises, jf anskl § 8-10 (1) bokstav c).

Uklarheter i tilbudene kan også være et resultat av at poster i tilbudet er feilpriset. I anskfo § 9-3 (3) reguleres blant annet oppdragsgivers plikt til å rette poster som er priset feil. For at plikten til å rette feilen skal inntre, må to vilkår være oppfylt; feilen må være åpenbar og det må videre være utvilsomt hvordan den skal rettes. Etter bestemmelsens ordlyd skal retteplikten gis en snever rekkevidde, og Høyesterett har da også lagt denne forståelsen til grunn i HR-2002-0940a.¹¹⁷ Denne avgjørelsen omhandler retteplikten i NS3400 pkt 13.2, men ettersom denne regelens innhold tilsvarer anskfo § 9-3 (3), må Høyesteretts resonnement ha betydning også for forståelsen av § 9-3 (3). Hvis det er det minste rom for tvil i spørsmålet om det foreligger en feil eller hvordan en eventuell feil skal rettes, inntreer følgelig ikke retteplikten.

Når retteplikten etter § 9-3 (3) ikke kommer til anvendelse, skal tilbudet vurderes etter sin ordlyd. Unntaket er der uklarhetene kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. I disse tilfellene følger det av anskfo § 8-10 (1) bokstav d) at tilbudet skal avvises.

¹¹⁷ saken er ennå ikke tatt inn i Norsk Retstidende

I konkurranse med forhandling åpnes det for kontakt mellom oppdragsgiver og leverandør.

Oppdragsgiver gis derfor en større adgang til å avklare uklarheter, og avvisningsregelen er fakultativ, jf anskfo § 8-10 (2) bokstav d).

13 VURDERINGEN AV HVA SOM FYSISK TILBYS

13.1 Problemstilling

Gjennom tolkning av tilbudet gis oppdragsgiver opplysninger om hva leverandørene tilbyr. Det kan likevel være behov for en nærmere fastlegging av tilbudenes faktiske innhold. Dersom leverandør A tilbyr maskin X, må oppdragsgiver avgjøre hva dette innebærer. Disse vurderingene av faktum vil ligge til grunn for vurderingen av tilbudets måloppnåelse på tildelingskriteriene. Problemstillingen videre blir å avgjøre hvor intensivt domstolen prøver oppdragsgivers vurderinger ved fastleggelsen av faktum.

Formålet med domstolskontrollen kan ha innvirkning på hvor grundig domstolen etterprøver de faktiske premissene. Av denne grunn vil den videre drøftelsen skille mellom domstolskontroll med tanke på tilsidesettelse av tildelingsbeslutningen og domstolskontroll for å for å avgjøre om det foreligger et erstatningsansvar.

13.2 Tilsidesettelse av tildelingsbeslutningen

Spørsmålet som vil bli drøftet i det følgende, er hvilken kompetanse domstolene har til å sette til side tildelingsbeslutningen fordi oppdragsgiver har lagt et feil faktum til grunn for sin avgjørelse. I den tradisjonelle forvaltningsretten har domstolene ansett seg kompetente til å prøve om et vedtak er truffet på grunnlag av et riktig faktisk grunnlag. Konsekvensene av at det faktum som ligger til grunn for avgjørelsen er galt, varierer imidlertid noe ut fra hvilken type avgjørelse det dreier seg om.¹¹⁸

Ved rent lovbundne vedtak fører feil i det faktiske grunnlaget ubetinget til at vedtaket oppheves. Et eksempel kan være en person som tilkjennes uførepensjon fordi hans evne

¹¹⁸ Se også Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett*, s 370 flg, for en drøftelse av spørsmålet

til å utføre inntektsgivende arbeid er varig nedsatt med minst 50 %. Dersom domstolene kommer til at så likevel ikke er tilfelle, vil vilkåret i folketrygdloven¹¹⁹ § 12-7 første ledd ikke være oppfylt. Personen vil følgelig ikke være i en posisjon som berettiger uførepensjon, og vedtaket er ugyldig og må oppheves.

Årsaken til at vedtaket skal oppheves, er at det rettslige grunnlaget for at forvaltningen skal kunne utøve sin kompetanse til å tildele uførepensjon, ikke har vært oppfylt. Forvaltningens kompetanse er positivt avgrenset, og en avgjørelse som går lenger enn hjemmelsgrunnlaget tillater, vil derfor være ugyldig. Denne kompetansebegrensningen innebærer at også der hjemmelsgrunnlaget bygger på skjønnsmessige vilkår, har domstolen ansett kravet om riktig faktisk grunnlag for å være absolutt, se for eksempel Rt 1934 s 330.

Ved vurderinger som er overlatt til forvaltningens frie skjønn må imidlertid dette synet nyanseres. Disse vurderingene forutsetter at forvaltningen har den nødvendige kompetansen. Ved det frie skjønn er spørsmålet derfor ikke om kompetansen foreligger, men hvordan den skal brukes. Domstolene har begrenset kompetanse til å overprøve disse vurderingene, og denne kompetansebegrensningen får også betydning for spørsmålet om konsekvensene av at vurderingene bygger på et galt faktisk grunnlag.

Det følger av forvaltningsloven¹²⁰ § 41 at domstolen skal se bort fra saksbehandlingsfeil det ikke er grunn til å regne med at har hatt innvirkning på det endelige resultatet. Denne regelen gir uttrykk for et generelt prinsipp om at betydningsløse feil ikke skal føre til ugyldighet. Høyesterett så bort fra uriktige faktiske forutsetninger uten betydning for en skønnsavgjørelses innhold i Rt 1982 s 241, Alta-saken, på s 348. Regelen får følgelig også betydning i forhold til vurderingen av ugyldighet som følge av at et skjønn bygger på uriktige faktiske premisser. Grunnen er at selv om det er klart at et av momentene i vurderingen hviler på et feilaktig faktisk grunnlag, er det ikke gitt at

¹¹⁹ jf lov om folketrygd av 28.februar 1997 nr 19

¹²⁰ jf lov om behandlingssåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967

dette momentet har vært utslagsgivende i avgjørelsen. Mange ganger kan også andre momenter ha trukket i samme retning slik at resultatet uansett ville blitt det samme.

For at feil i det faktiske grunnlaget skal føre til opphevelse av forvaltningsavgjørelser som er overlatt til det frie skjønn, kreves det derfor at feilen kan ha hatt innvirkning på det endelige resultatet. At Høyesterett i slike tilfeller anser seg kompetente til å konstatere ugyldighet på grunn av sviktende faktisk grunnlag, viser Rt 1960 s 1374. I denne saken hadde en drosjeeier fått avslag på en søknad om fornyet drosjebevilling. Avslaget ble begrunnet med at mannen ikke holdt bilene sine i skikkelig stand. Ved behandlingen for domstolene kom det fram at bilene faktisk hadde vært holdt i forsvarlig stand. Ettersom bevillingen var avslått på grunnlag av sviktende faktiske premisser, opphevet Høyesterett avslaget. Synet på adgangen til å prøve det faktiske grunnlaget ble av Høyesterett formulert på denne måten:

”At domstolene kan prøve holdbarheten av det faktiske grunnlaget en slik avgjørelse bygger på, må ansees sikkert fastslått. Og det må etter min mening være klart at domstolene ved en slik prøvning kan – og må – ta hensyn til materiale som er kommet frem etterat den angrepne forvaltningsavgjørelse ble truffet.”

Selv om forvaltningen hadde hatt kompetanse til å avslå søknaden om drosjebevilling, opphevet domstolen vedtaket fordi det hvilte på et uriktig faktisk grunnlag. Denne avgjørelsen viser at avgjørelser som er overlatt til forvaltningens frie skjønn, skal oppheves dersom domstolene kommer til at en avgjørende premiss i vurderingen har hvilt på uriktige faktiske forutsetninger. Avgjørelsen viser videre at domstolen også skal ta stilling til bevis for faktiske forhold som først frembringes etter at forvaltningen har truffet sin avgjørelse. Kravet til et korrekt faktum er dermed absolutt, og hvorvidt forvaltningens avgjørelse ble truffet på et grunnlag som etter en forsvarlig saksbehandling virket korrekt, er uten betydning. Dette synet på kompetansen til å prøve fastleggelsen av faktum tilsvarer Høyesteretts syn i andre saker.¹²¹

¹²¹ se blant annet Rt 1951 s 757

Høyesterett har ikke uttalt seg om prøvingen av faktum ved vurderingene som foretas ved offentlige anskaffelser. Spørsmålet er da om synet på prøvelsesdybden i den tradisjonelle forvaltningsretten skal legges til grunn også ved vurderingene som foretas i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser.

Siktemålet med anskaffelsen angitt i anskfo § 10-2 (1), samt det grunnleggende formålet om effektiv utnyttelse av ressursene, jf anskl § 1, tilsier at oppdragsgiver skal velge det tilbudet som objektivt sett er best. Dersom et feilaktig faktum har hatt avgjørende betydning for hvilket tilbud som ble valgt, vil dette innebære at oppdragsgiver har valgt et annet tilbud enn det beste. Hensynet til effektiv bruk av ressursene tilsier derfor at beslutningen i dette tilfellet skal oppheves.

I motsatt retning trekker imidlertid hensynet til den leverandøren som har fått beskjed om at hans tilbud er plukket ut som vinner i konkurransen. Denne leverandøren trenger ikke ha skyld i at oppdragsgiver vurderte faktum galt, og en oppheving av beslutningen vil kunne ramme ham hardt.

Det er imidlertid ikke gitt at den forventningen denne leverandøren har om å bli tildelt kontrakt, skal tillegges stor betydning i avveiningen. Domstolenes kompetanse til å sette til side en beslutning om tildeling av kontrakt gjelder bare fram til kontrakt er inngått. Tidsrommet fra beslutning om kontraktstildeling meddeles til kontrakt inngås, er kort og ment som en klageperiode. Leverandøren vet følgelig at tildelingsbeslutningen ikke er endelig, og hans forventning om kontraktsinngåelse kan derfor ikke være spesielt beskyttelsesverdig i denne perioden.

Mot hensynet til denne leverandøren taler også konkurransesituasjonen ved offentlige anskaffelser. Unnlatelse av å oppheve tildelingsbeslutningen ville krenket retten leverandøren med det objektivt beste tilbudet hadde til å bli valgt. Tungtveiende hensyn tilsier at den leverandøren som har det tilbudet som er best ut fra de korrekte faktiske omstendigheter, skal få tilbud om å inngå kontrakt.

Samlet sett trekker de bakenforliggende hensynene i retning av at det tradisjonelle synet på prøvelsesdybden skal legges til grunn også ved offentlige anskaffelser.

Utgangspunktet er dermed at oppdragsgivers tildelingsbeslutning skal settes til side dersom en avgjørende del av begrunnelsen bygger på et galt faktisk grunnlag.

Klagenemnda later til å ha et tilsvarende syn på adgangen til å overprøve fastleggelsen av de faktiske omstendighetene. I KOFA 2003/68 var et av spørsmålene om oppdragsgivers vurderinger bygget på riktige faktiske premisser. Porsgrunn kommune hadde arrangert en anbudskonkurranse angående oppføring av nytt sykehjem og det var stilt spørsmål om hvorvidt bedømmelsen av tildelingskriteriet ”funksjonalitet” bygget på et korrekt faktisk grunnlag. Oppdragsgiver hadde satt ned poengscoren til klagende leverandør fordi oppdragsgiver mente at den tilbudte løsning ville gjøre det umulig å kjøre søppelbilene ned til søppelhåndteringsplassen. I sin vurdering av om de faktiske forutsetningene for bedømmelsen var korrekte, bygget Klagenemnda på klagers forklaring der det ble anført at

”Det er elementært for alle arkitekter at man tester ut adkomstforholdene for kjørende trafikk. Dette gjøres med det som på fagspråket kalles ’kjøresjabloner’. Dvs. at man tester ut svingradius, høyder og manøvreringdyktighet for de kjøretøyer som skal ut og inn. Dette er selvsagt gjort i vårt prosjekt, og kan dokumenteres. Videre er det faktisk feil når politikerne hevder at vi ikke har anvist plass til søppelcontainere. Det er da vitterlig tegnet inn et eget avfallsrom på 15,6 kvm i kjeller tett inntil kjøreadkomst for renovasjonsbil. Her er det rikelig plass til rullecontainere av forskjellig slag ”.

På denne bakgrunn kom Klagenemnda til at oppdragsgivers bedømmelse av tildelingskriteriet hadde hvilt på gale faktiske forutsetninger. Avgjørelsen av spørsmålet tyder på at Klagenemnda anser seg kompetente til å prøve om faktum objektivt sett er korrekt.

Det er imidlertid ikke alltid det er mulig å fastlegge det objektivt riktige faktum. Enkelte tildelingskriterier kan ikke bedømmes på grunnlag av foreliggende faktiske omstendigheter. I slike tilfeller må tildelingskriteriene vurderes på grunnlag av prognoser om hvordan de faktiske forholdene vil utvikle seg. Spørsmålet er hvilken

adgang domstolene i disse tilfellene har til å overprøve oppdragsgivers vurderinger av de faktiske omstendighetene.

Høyesteretts har uttalt seg om adgangen til å overprøve forvaltningsvurderinger av dette slag i blant annet Rt 1962 s 805. Omsetningsrådet for jordbruksvarer hadde truffet et vedtak om at deler av eksporten av egg skulle samles hos Norske Eggcentraler. Dette vedtaket bygget på prognoser om fremtidige forhold. Det ble anført at vedtaket skulle oppheves fordi det bygget på gale faktiske premisser. Høyesterett prøvet ikke om faktum var objektivt riktig, men fant at domstolenes kompetanse var begrenset til å prøve om prognosene var forsvarlig fastlagt. I den foreliggende saken var dette forsvarlighetskravet overholdt.

Domstolene prøver altså ikke om den anvendte prognosen er den beste, men kun om den kan forsvares. Innbakt i denne forsvarlighetsvurderingen ligger kravet til at prognosen må være utformet på et forsvarlig faktisk grunnlag. Dersom forvaltningen har feiltolket det foreliggende faktum eller har unnlatt å innhente opplysninger som lett kunne skaffes til veie, vil prognosen kunne settes til side som uforsvarlig.

EF-domstolens avgjørelse i sak C-19/00, SIAC, tyder på at en slik forsvarlighetsprøving også er tilstrekkelig til å tilfredsstille kravene til etterprøving ved offentlige anskaffelser. I denne saken hadde oppdragsgiver brukt en sakkyndig til å vurdere hvilket av tilbudene som ville gi de laveste totale kostnadene. Spørsmålet om en slik fremgangsmåte var tillatt, ble av Domstolen besvart slik:

”Endelig skal kriterierne for tildeling i forbindelse med vurderingen af buddene anvendes på en objektiv og ensartet måde over for alle bydende. Det forhold, at en ordregivende myndighed anvender en ekspertudtalelse til at vurdere en oplysning, der først bliver kendt med sikkerhed i fremtiden, er som udgangspunkt egnet til at sikre overholdelsen af denne betingelse.”¹²²

¹²² jf sak C-19/00, SIAC, avsnitt 44

Det lå utenfor Domstolens kompetanse å prøve om fastleggelsen av faktum i dette tilfellet hadde vært forsvarlig. Domstolens begrunnelse tyder likevel på at en prognose utarbeidet av en sakkyndig i utgangspunktet vil gi et tilfredsstillende grunnlag for vurderingen. I situasjoner der faktum ikke kan bestemmes med sikkerhet ved evalueringen av tilbudene, later Domstolen dermed til å gi uttrykk for at domstolene ikke skal prøve om faktum er korrekt, men om det er forsvarlig fastlagt.

Der det ikke er mulig å fastslå hva som er det objektivt riktige faktum, vil domstolenes kompetanse dermed være begrenset til å prøve om de faktiske premissene har vært fastlagt forsvarlig.

13.3 Erstatningsansvar

Problemstillingen i dette avsnittet er å avklare hvor intenst domstolene prøver oppdragsgivers fastleggelse av faktum ved spørsmål om erstatning til forbigått leverandør. I utgangspunktet har domstolene full adgang til å prøve fastleggelsen av faktum, men hvor dypt domstolen faktisk overprøver, beror på om ansvaret for feilaktig bedømmelse av faktum er objektivt eller om det forutsetter skyld.

Dersom det er et objektivt ansvar for faktisk villfarelse, vil domstolene prøve de faktiske premissene fullt ut for å finne ut hva som er det objektivt riktige faktum. Er ansvaret derimot betinget av at oppdragsgiver har handlet culpøst, er det tilstrekkelig å prøve om fastleggelsen av de faktiske premissene har vært forsvarlig.

Brudd på lovbestemmelser om saksbehandlingen vil trolig ikke kunne unnskyldes med subjektive forhold. Der den feilaktige bedømmelsen av faktum er et resultat av brudd på saksbehandlingsreglene, vil culpanormen følgelig samsvare med den objektive normen.¹²³ Drøftelsen videre forutsetter derfor at de feilaktige vurderingene skyldes villfarelse om de faktiske forhold.

Et erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag foreligger alltid der det er utøvd skyld. Det kan derimot ikke oppstilles en generell regel om ansvar på objektivt grunnlag. Høyesterett

¹²³ Se Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s 517 flg

har behandlet en del saker om erstatning etter myndighetsutøvelse på sviktende grunnlag, hvor det har vært diskutert om det oppstilles et objektivt ansvar innenfor dette rettsområdet.¹²⁴ Spørsmålet om objektivt ansvar for villfarelse om faktiske forhold har ikke vært behandlet, men Høyesteretts praksis trekker i retning av at domstolene anser unnskyldelig villfarelse om rettsreglene for å frita fra erstatningsansvar.¹²⁵

Sakene som har vært behandlet, dreide seg altså om rettsvillfarelse og ikke om villfarelse om de faktiske forhold. Objektivt ansvar ilegges på grunnlag av risikoavveininger. Gode grunner kunne anføres for at offentlige organer står nærmest risikoen der regelverket er uriktig anvendt. Hva gjelder fastleggelsen av de faktiske premissene som ligger til grunn for en avgjørelse, kan derimot andre enn det handlende organ være nærmere til å kjenne til disse. Vurderingen av hva som fysisk tilbys i en anskaffelsesprosess, kan være illustrerende. I fastleggelsen av et tilbudt kjøretøys kvalitative egenskaper vil for eksempel leverandøren i mange tilfeller ha et bedre grunnlag enn oppdragsgiver. Der det skjer feil i fastleggelsen av de faktiske premissene, vil derfor ofte leverandøren i motsetning til hva tilfelle er ved fastleggelsen av rettsreglene, være den som står nærmest feilkilden. Når Høyesterett viker tilbake for å oppstille et objektivt ansvar for villfarelse om rettsreglene, vil det derfor virke urimelig om villfarelse om faktiske forhold skulle bedømmes strengere.

En annen viktig distinksjon er at sakene som har vært behandlet, gjelder myndighetsutøvelse. Ved myndighetsutøvelse spiller særlige forhold inn på interesseavveiningen som ligger til grunn for spørsmålet om erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag. Hensynet til at borgerne skal få dekket økonomisk tap som følge av urettmessig bruk av forvaltningens høyhetsrett, kan tilsi et strengt ansvarsgrunnlag. De samme hensynene gjør seg derimot ikke gjeldende i forhold til de situasjoner der det offentlige bruker sin private autonomi for å gå til anskaffelse av varer og tjenester. Ettersom det også innenfor myndighetsutøvelsens område er vektige hensyn mot

¹²⁴ se op. cit. s 508 med videre henvisninger

¹²⁵ jf Rt 1999 s 1273, og Rt 1997 s 343

konstatering av objektivt ansvar i villfarelsetilfellene, må disse hensynene derfor telle desto mer innenfor anskaffelsesretten.

Selv om Høyesterett ennå ikke har uttalt seg om spørsmålet, taler derfor de øvrige rettskildefaktorene klart i retning av at det ikke kan oppstilles et objektivt ansvar for rettsvillfarelse. Ansvarsgrunnlaget krever dermed en uforsvarlig fastleggelse av de faktiske premissene. Av dette følger at domstolen ikke prøver om faktum er objektivt sett er korrekt, men nøyer seg med å prøve om oppdragsgiver har fulgt en forsvarlig fremgangsmåte ved fastleggelsen.

Saksforholdet i KOFA 2003/178 gir et eksempel på en uforsvarlig fastleggelse av de faktiske premissene for bedømmelsen. Saken gjaldt konkurranse om rammeavtale for leie av anleggsmaskiner. Et av tildelingskriteriene som ble anvendt, var ”referanser”. I evalueringen av dette kriteriet hadde oppdragsgiver lagt vekt på sine gode erfaringer med en av leverandørene uten å kontrollere de øvrige leverandørenes referanser. Denne unnlattelsen ble begrunnet med at oppdragsgiver uansett mente å ha tilstrekkelig gode kunnskaper om disse leverandørene. Klagenemnda kom til at en slik bedømmelse av kriteriet var mangelfull, og begrunner sitt syn slik:

”Når innklagede uttrykkelig ba om referanser og tilkjennega at referanser ville bli vektlagt ved valg av tilbud, skulle innklagede ha kontaktet de oppgitte referansene. Dette ble ikke gjort, og evalueringen av kriteriet har derfor vært mangelfull, uansett hva personer i kommunen måtte vite om leverandørene.”

Årsaken til at fastleggelsen av de faktiske premissene ikke hadde vært forsvarlig var følgelig at kriteriet la opp til en ytterligere innhenting av opplysninger. For at kriteriet skulle kunne ha noen funksjon, kunne ikke oppdragsgiver da nøye seg med å bygge på de opplysningene som allerede forelå.

DEL IV: EVALUERINGEN AV TILBUDENE

14 INNLEDNING

Det tilbudet som anses å være det økonomisk mest fordelaktige, skal til slutt gå av med seieren i konkurransen, jf anskfo § 10-2 (1), jf § 10-2 (2). Del II og III har behandlet henholdsvis rammene for bedømmelsen satt ved tildelingskriteriene, og fastleggelsen av de faktiske forholdene som skal bedømmes. Denne del IV vil behandle de rettslige normene som styrer anvendelsen av tildelingskriteriene i evalueringen av tilbudene.

En hensiktsmessig måte å evaluere tilbudene på er å dele vurderingsprosessen opp i to elementer. Det første elementet består i å fastlegge tilbudenes relative styrke sett i forhold til det enkelte tildelingskriteriet. Det andre elementet i vurderingen er å fastlegge tildelingskriterienes relative vekt. Det tilbudet som gir det beste resultatet i denne totalbedømmelsen, vil være det økonomisk mest fordelaktige, og plukkes ut som vinner av konkurransen.

Gitt den skisserte fremgangsmåten, vil evalueringen av tilbudene bestå av to atskilte vurderinger. Den videre fremstillingen vil behandle de rettslige normene som gjelder for disse vurderingene. Avsnitt 15 vil ta for seg de rettsreglene som gjelder for avgjørelsen av tilbudenes relative styrke på det enkelte kriterium. I avsnitt 16 behandles så domstolenes adgang til å overprøve oppdragsgivers vurdering av tildelingskriterienes relative vekt. Avslutningsvis i dette avsnittet drøftes enkelte særlige spørsmål knyttet til bruken av såkalte evalueringsmodeller.

Avsnitt 15, Måloppnåelsen på tildelingskriteriene, kunne systematisk også ha vært plassert i del II, Tildelingskriteriene. Det er to grunner til at dette ikke er gjort. For det første er den angitte fremgangsmåten for vurderingene i tildelingsfasen en tankemodell. Ofte vil oppdragsgivers evaluering av tilbudene ikke foregå så skjematisk som beskrevet her. Måloppnåelsen og sammenholdelsen vil i mange tilfeller påvirke hverandre gjensidig slik at vurderingene ikke foretas atskilt. Sammenhengen mellom fasene gjør det derfor hensiktsmessig å behandle dem samlet. For det andre styres vurderingene av likeartede normer. De rettslige normene som regulerer vurderingene som foretas ved måloppnåelsen,

skiller seg derfor fra normene som behandles i del II. Jeg har av denne grunn funnet det pedagogisk riktig å behandle måloppnåelsen sammen med evalueringsprosessen for øvrig.

15 MÅLOPPNÅELEN PÅ TILDELINGSKRITERIENE

Første ledd i evalueringen er bedømmelsen av hvor godt de konkurrerende tilbudene oppfyller hvert enkelt tildelingskriterium. Denne bedømmelsen kan systematisk spaltes opp i to vurderinger. Den ene vurderingen er at oppdragsgiver må bestemme hvilken uttelling de konkurrerende tilbudene skal få på tildelingskriteriet ut fra hvor godt tilbudene oppfyller vurderingstemaene. Den andre vurderingen er at uttellingen til det enkelte tilbud må holdes opp mot de øvrige tilbudenes uttelling. Disse vurderingene er ofte sammenfallende og resulterer i at tilbudene kan rangeres etter deres relative styrke.

Vurderingene som ligger til grunn for denne rangeringen, beror ofte på skjønnsmessige avveininger. Dette innslaget av skjønn kan illustreres med bedømmelsen av tildelingskriteriet ”estetiske egenskaper”. Det kan vanskelig gis noen objektivt riktig vurdering av hvor godt et tilbud tilfredsstiller dette kriteriet, og måloppnåelsen må dermed til en viss grad være overlatt til oppdragsgivers skjønn. Spørsmålet som vil bli behandlet i det følgende, er hvilke muligheter domstolene har til å overprøve disse skjønnspregede vurderingene.

Rt 2000 s 1076, Jørpeland-saken, gjaldt spørsmål om erstatningsansvar i forbindelse med anbudskonkurranse om oppføring av en barneskole på Jørpeland. Som ledd i avgjørelsen av erstatningssaken, behandlet Høyesterett spørsmålet om hvilken adgang domstolene har til å overprøve oppdragsgivers vurderinger ved valg av tilbud. Høyesterett tolket anbudsreglementet dit hen at det ga oppdragsgiver et ”...vidt skjønnsmessig spillerom...når det gjelder hvilket anbud som skal velges.” At oppdragsgiver gis et skjønnsmessig spillerom i bedømmelsen, tyder på at Høyesterett anser overprøvingsadgangen for å være begrenset slik som ved domstolens prøving av forvaltningens frie skjønn.

Uttalelsene i *Jørpeland-saken* retter seg ikke spesifikt mot intensiteten i overprøvingen av oppdragsgivers bedømmelse av tildelingskriteriene. Høyesteretts generelle bemerkninger må likevel være av betydning for det mer spesifikke spørsmålet om domstolenes kompetanse til å prøve måloppnåelsesvurderingen. Selv om avgjørelsen ikke behandler den aktuelle problemstillingen direkte, gir den derfor sterke indikasjoner på at domstolen ikke vil foreta en dyptgående prøving av måloppnåelsen.

I *Jørpeland-saken* var det ikke lov om offentlige anskaffelser, men NS 3400 som var grunnlaget for anbudskonkurransen. Skjønnstemaet i *Jørpeland-saken* var derfor det ”mest fordelaktige tilbudet” i motsetning til skjønnstemaet etter anskfo § 10-2 som bringer et økonomisk element inn i vurderingen. Dette økonomiske elementet bidrar til å innsnevre skjønnstemaet, og det kan tenkes at distinksjonen i siktemålene skal tillegges betydning for adgangen til overprøving.

Høyesterett har ennå ikke uttalt seg om prøvingsintensiteten ved anskaffelser etter den nye lov om offentlige anskaffelser. Trass i at målet med vurderingen var noe annerledes, er avgjørelsen i *Jørpeland-saken* dermed det nærmeste vi kommer en uttalelse om adgangen til overprøving av tildelingsvurderingen etter lov om offentlige anskaffelser. Avgjørende for om Høyesteretts syn i *Jørpeland-saken* kan legges til grunn også i forhold til overprøvingsadgangen etter anskl, blir om synet på prøvingsintensiteten støttes opp av de øvrige rettskildefaktorene.

I forarbeidene til anskl § 7 omtales domstolenes adgang til å overprøve oppdragsgivers beslutninger i tildelingsfasen. Lovgiver anfører her at det

”...ved enhver anskaffelsesprosess vil være en kjerne av skjønn som en domstol ikke kan overprøve. Vurderingen av de ulike tilbud basert på tildelingskriteriene vil til en viss grad være skjønnsmessig. Et slikt skjønn kan ikke overprøves av domstolene.”¹²⁶

¹²⁶ jf Ot.prp. nr 71 (1997/98) s 67

Dette standpunktet begrunnes med at domstolene er dårlig egnet til å overprøve oppdragsgivernes innkjøpsfaglige vurderinger. En oppdragsgiver som utlyser en anbudskonkurranse gjør dette for å dekke et behov, og de personene som definerer dette behovet, har inngående kjennskap til hvilken funksjon anskaffelsen skal fylle.

Dommerne bygger derimot sin autoritet på kunnskap om rettsreglene. Det er derfor ikke gitt at de vil være bedre egnet til å foreta slike innkjøpsmessige vurderinger som bygger på andre normer enn de rettslige. Lovgiver tar hensyn til dette forholdet og anfører at domstolene bør begrense sin overprøving av respekt for andres fagarbeide. Forarbeidene til anskl § 7 underbygger følgelig Høyesteretts syn på overprøvingskompetansen.

I sitt forslag til avgjørelse i sak C-19/00, SIAC-dommen, uttaler Generaladvokaten seg om nasjonale domstolars overprøving av evalueringen av tilbudene. EF-domstolen tok ikke stilling til disse uttalelsene i dommen ettersom denne vurderingen lå utenfor Domstolens kompetanse. Det er uklart hvilken rettskildemessig betydning denne uttalelsen fra Generaladvokatens har,¹²⁷ men den gir uansett signaler om hvilke krav fellesskapsretten stiller til overprøvingen av måloppnåelsesvurderingen. I forslaget avsnitt 53 flg argumenterer Generaladvokaten for at domstolen skal foreta en vurdering av om de enkelte tildelingskriteriene er anvendt ”objektivt”. Det sentrale spørsmålet i en slik objektivitetsvurdering er om ”de faktorer, der er taget i betragtning, også kan understøtte de konklusjoner, som er draget på grundlag heraf [min understrekning].”

Det virker naturlig å forstå Generaladvokaten slik at han tar til orde for en begrenset adgang til overprøving. Det anføres at et kriterium vil være anvendt objektivt dersom de faktiske forhold *kan gi grunnlag for* det resultatet oppdragsgiver har kommet til.

Generaladvokaten går dermed ikke inn for at domstolen skal prøve om oppdragsgivers konklusjoner er de som *best* samsvarer med faktum. Trolig mener Generaladvokaten at det som domstolen kan prøve, er om oppdragsgivers evaluering av tildelingskriteriene kan forsvares ut fra det foreliggende faktum. Hvilken vekt de ulike faktiske omstendigheter skal tillegges, vil da ikke prøves i nevneverdig grad, og en slik forsvarlighetsvurdering later til å ligge nært opp til den tradisjonelle overprøvingsadgangen ved fritt forvaltningsskjønn. Etter Generaladvokatens syn skal

¹²⁷ se punkt 2.2

dermed ikke evalueringen av tildelingskriteriene prøves mer dyptgående enn det som følger av *Jørpeland-saken*.

Både de nasjonale og fellesskapsrettslige rettskildefaktorene ser således ut til å trekke i retning av at Høyesteretts bemerkninger om overprøvingsintensiteten i *Jørpeland-saken* er illustrerende for overprøvingsadgangen også etter lov om offentlige anskaffelser.

Gitt at faktum er korrekt og saksbehandlingsreglene er fulgt, har den rettslige kontrollen med forvaltningens skjønsmessige avgjørelser vært begrenset til å prøve om vurderingen er foretatt på grunnlag av saklige hensyn, og om den er vilkårlig eller urimelig. Gjennom den rettslige kontrollen med tildelingskriteriene gis domstolen adgang til å prøve om valg av tilbud er foretatt på grunnlag av saklige hensyn. Den rettslige kontrollen med måloppnåelsesvurderingen er dermed om vurderingen er vilkårlig eller urimelig.

Klagenemnda har behandlet flere saker der oppdragsgivers bedømmelse av tilbudene opp mot de enkelte tildelingskriteriene var omtvistet, og disse sakene kan vise hvor langt domstolenes overprøvingskompetanse rekker. Et eksempel på vurderinger domstolene vil anse seg kompetente til å overprøve, finnes i KOFA 2003/68. Denne saken gjaldt brudd på anskaffelsesregelverket i forbindelse med anbudskonkurranse om oppføring av et sykehjem. I evalueringen av tildelingskriteriet ”funksjonalitet” hadde oppdragsgiver påpekt at i klagers tilbud var en hjelpemiddelsentral oppført med bare 60 % av den forutsatte størrelsen. Oppdragsgiver hadde ikke gjort noe forsøk på å tallfeste hva en eventuell ombygging ville beløpe seg til, men hadde skjønsmessig trukket 0,5 poeng fra tilbudets karakter. Klagenemnda kom til at vurderingen var vilkårlig, antakelig fordi det foreliggende materialet ikke var brukt for å beregne en forholdsmessig reduksjon. Denne avgjørelsen tyder på at domstolene anser seg kompetente til å prøve om evalueringen bygger på en vurdering av de faktiske forhold.

KOFA 2003/61 gir på den andre siden et eksempel på vurderinger domstolene ikke anser seg kompetente til å overprøve. Saken gjaldt mulige brudd på regelverket i forbindelse med en avholdt konkurranse for anskaffelse av helsetjenester. Et av spørsmålene var om oppdragsgivers evaluering av tilbudene opp mot tildelingskriteriet

”tilgjengelighet” hadde vært i tråd med anskaffelsesreglementet. Klagende leverandør hadde tilbudt operasjoner utført i helgene. Ved evalueringen av tilbudene hadde oppdragsgiver gitt en konkurrerende leverandør som tilbød operasjoner utført i ukedagene, bedre uttelling på tilgjengelighetskriteriet. Klager anførte at et tilbud om operasjoner i helgene innebar en minst like stor grad av tilgjengelighet, slik at bedømmelsen av dette kriteriet hadde vært mangelfull. Etter Klagenemndas syn bygget vurderingen av hva som faktisk ga best tilgjengelighet, i stor grad på innkjøpsfaglig skjønn. Klagenemnda anså derfor oppdragsgiver med sin fagkunnskap for å være nærmest til å treffe det riktige valget. Ettersom måloppnåelsesvurderingen verken var vilkårlig eller urimelig, kunne ikke Klagenemnda se at evalueringen av tildelingskriteriet hadde vært i strid med regelverket.

Avgjørende for at Klagenemnda vek tilbake for å overprøve oppdragsgivers bedømmelse, var at vurderingene i stor grad ble styrt av andre normer enn de rettslige. Synet på overprøvingskompetansen kan imidlertid bli annerledes hvis vurderingene er av mer rettslig art. Ettersom tildelingskriteriene ofte angir kvantitative vurderingstemaer, er denne problemstillingen praktisk. I kvantitative vurderinger legger den tilbudte mengden grunnlaget for bedømmelsen. Hvor godt et tilbud oppfyller et slikt kriterium, beror derfor i stor grad på en konkret forholdsmessighetsvurdering. Tildelingskriteriet ”pris” kan illustrere dette. De enkelte tilbudenes pris følger direkte av de faktiske premissene som domstolene har uinnskrenket kompetanse til å prøve¹²⁸ Bedømmelsen av de kvantitative kriteriene er nært knyttet opp mot fastleggelsen av de faktiske forhold og er følgelig lite preget av skjønnsmessige vurderinger. Det kan derfor spørres om domstolene ved kvalitative kriterier har full kompetanse til å prøve de vurderingene som ligger til grunn for måloppnåelsen.

Måloppnåelsesvurderingen består som nevnt av to vurderinger som til dels henger sammen. Tilbudenes uttelling på kriteriene må bestemmes, og tilbudene må rangeres etter deres relative styrke. I bedømmelsen av kvantitative tildelingskriterier som ”pris”, vil tilbudenes rangering følge direkte av de faktiske premissene. Tilbudet med lavest pris blir ansett best, fulgt av det med nest lavest osv. Rangeringen av tilbudene innbyr

¹²⁸ jf punkt 13

således ikke til skjønnsutøvelse fra oppdragsgivers side. Av denne grunn bør domstolene kunne prøve om tilbudenes rangering objektivt sett er i overensstemmelse med det faktiske grunnlaget. Er oppdragsgivers rangering uforenlig med de faktiske premissene, har domstolen dermed kompetanse til å sette vurderingen til side.

For å kunne besvare spørsmålet om hvor grundig domstolene kan overprøve de vurderingene som ligger til grunn for tilbudenes uttelling, må det sondres mellom de ulike måtene denne uttellingen beregnes på. En måte å beregne uttelling på er å bruke en lineær skala. Tilbudene gis i slike tilfeller forholdsmessig uttelling ut fra hvor godt kriteriet er oppfylt. Dersom tre konkurrerende tilbud har pris på henholdsvis 1, 4 og 5, og maksimal uttelling på kriteriet er 10 poeng, vil det beste tilbudet kunne få 10 poeng. Nummer to vil få $10 \times (1/4)$ poeng = 2,5 poeng, mens nummer tre får $10 \times (1/5) = 2$ poeng. Ved en slik lineær beregning vil de faktiske premissene være direkte utslagsgivende for hvilken uttelling tilbudene får på tildelingskriteriet. Vurderingen har derfor ingen innslag av skjønn. Såfremt det kan bringes på det rene at oppdragsgiver har benyttet en lineær skala, vil dermed domstolene ha full kompetanse til å prøve vurderingene som ligger til grunn.

Andre ganger beregnes imidlertid ikke uttellingen lineært. Grunnen til dette kan være at enkelte nivåer av måloppnåelsen er viktigere for oppdragsgiver enn andre. I eksemplet over kunne for eksempel oppdragsgiver hatt en budsjetttramme som tilsa at prisen ikke burde være høyere enn fire. Forskjellen i pris mellom 1 og 4 ville da kunne hatt liten betydning, mens det var merkbart mindre fordelaktig å ha en høyere pris.

Oppdragsgivers nytte ville i dette tilfellet ikke være proporsjonal med prisen, og dette kunne gi seg utslag i en vekting av uttellingen. Resultatet kunne for eksempel blitt at tilbudene fikk henholdsvis 10, 8 og 2 poeng. Prisdifferansen mellom det beste og det nest beste tilbudet ville i dette tilfellet gitt minimalt utslag. Det nest beste tilbudet ville derimot blitt gitt merkbart bedre uttelling enn det tredje beste trass i at forskjellen i pris var minimal. Denne forskjellen i uttelling er en konsekvens av at det ene tilbudet falt innenfor oppdragsgivers kjerneintervall mens det andre falt rett utenfor.¹²⁹

¹²⁹ se også Simonsen, *Prekontraktuel ansvar*, s 660 flg

Når oppdragsgiver unnlater å beregne uttellingen lineært, bringes et element av skjønn inn i vurderingen. Dette skjønnnet har ingen betydning for rangeringen av tilbudene som fortsatt er gitt av de faktiske premissene. Hvis domstolene skal kunne overprøve vurderingen som ligger til grunn for tilbudenes uttelling på kriteriet, må imidlertid de skjønnsmessige avveiningene som ligger til grunn for skalaen, angripes. Disse avveiningene vil bare kunne overprøves der de er urimelige eller vilkårlige.

Oppdragsgiver må kunne gi en forklaring på at enkelte nivåer av måloppnåelsen er viktigere enn andre. Kan han ikke det, vil vurderingene som ligger til grunn for uttellingen kunne bli sett på som urimelig eller vilkårlig.

Om begrunnelsen for vurderingen av tilbudenes uttelling ikke er tilstrekkelig, kan konsekvensen bli at domstolen setter til side tildelingsbeslutningen. Når skjønnsavveiningen er vilkårlig eller urimelig, vil dette ofte resultere i at det er vanskelig å gi en tilfredsstillende begrunnelse. For å unngå å prøve skjønnsutøvelsen vil domstolen i slike tilfeller kunne nøye seg med å sette til side tildelingsbeslutningen fordi begrunnelsen er mangelfull. Kravene som stilles til begrunnelsen, er imidlertid saksbehandlingsregler, og dette temaet vil derfor ikke bli drøftet nærmere.

Bruken av kjerneintervaller på tildelingskriteriet ”pris” vil ofte være et utslag av en bred og sammensatt vurdering. Som nevnt ovenfor, kan skjæringspunktene være begrunnet i budsjettmessige begrensninger. Andre ganger kan inndelingen av intervaller være begrunnet i oppdragsgivers estimerte behov for produktet. Disse vurderingene styres av andre normer enn de rettslige, og domstolen bør derfor vise tilbakeholdenhet med å prøve om inndelingen har vært optimal.

Andre ganger kan inndelingen i intervaller bygge på empirisk materiale.

Tildelingskriteriet ”utslippsnivå av CO₂-gass” kan illustrere dette. Ved bedømmelsen av kriteriet kan oppdragsgiver bygge på forskningsresultater som tilsier at miljøets estimerte tålegrense ligger på 5 g/kWh. Tilbud som ligger rett under denne grensen, vil følgelig gis merkbart bedre uttelling enn de som ligger over. I denne vurderingen bør domstolene kunne prøve om det erfaringsmessige grunnlaget berettiget oppdragsgiver til å anta at tålegrensen lå på 5 g/kWh. Foreligger det for eksempel ingen undersøkelser som tilsier at utslipp over 5 g/kWh er betydelig mer skadelig for miljøet, kan oppdragsgivers vurderinger lett bli ansett for å være vilkårlige.

16 TILDELINGSKRITERIENES RELATIVE VERDI

16.1 Problemstilling

Etter at oppdragsgiver har bedømt tilbudenes relative styrke målt opp mot hvert enkelt tildelingskriterium, må disse vurderingene holdes opp mot hverandre for å finne ut hvilket tilbud som samlet sett best oppfyller tildelingskriteriene. Noen ganger er denne avveiningen enkel. Dersom et tilbud scorer høyest på alle tildelingskriteriene, er det klart at dette tilbudet vil være det økonomisk mest fordelaktige. Som regel er imidlertid vurderingen vanskeligere. Hvis for eksempel tilbud A har lavest pris, men relativt lang leveringstid, mens tilbud B har rask leveringstid men en høyere pris, er det ikke gitt hvilket av disse tilbudene som alt i alt vil være mest gunstig for oppdragsgiver.

Når tildelingskriteriene trekker i ulike retninger, må oppdragsgiver foreta en helhetsvurdering for å avgjøre hvilket av tilbudene som er det økonomisk mest fordelaktige. Tilbudenes uttelling på de enkelte tildelingskriteriene kan bli utslagsgivende i denne helhetsvurderingen. Hvis avstanden mellom tilbud A og B på tildelingskriteriet ”pris” er marginal mens tilbud B har en raskere leveringstid enn tilbud A, kan det være at forskjellen i leveringstid mer enn oppveier for prisdifferansen.

Andre ganger gis ikke utfallet av vurderingen ved å summere tilbudenes egenskaper på denne måten. Hadde prisdifferansen vært om lag like stor som betydningen av forskjellen i leveringstid, måtte oppdragsgiver ha avgjort hva som var viktigst for ham, lav pris eller rask leveringstid. Preferansene ville så gitt seg utslag i at det aspektet som blir ansett viktigst, ble tillagt størst betydning i vurderingen. En innbyrdes gradering av tildelingskriteriene kan således bidra til at oppdragsgiver kan peke ut det tilbudet som alt i alt er best.

Som eksemplene viser, ligger det skjønnsmessige vurderinger til grunn for avgjørelsen av hvilket tilbud som totalt sett er det økonomisk mest fordelaktige. Den videre drøftelsen tar utgangspunkt i spørsmålet om i hvilken grad domstolene kan overprøve oppdragsgivers vurderinger ved sammenholdelsen av tildelingskriteriene.

16.2 De rettslige normene som styrer vurderingen

I likhet med vurderingen av tilbudenes måloppnåelse, vil vurderingene som ligger til grunn for sammenholdelsen av tildelingskriteriene i stor grad bygge på vurderinger som ikke er av rettslig art. Utgangspunktet for domstolenes inngrepskompetanse følger derfor også her av nevnte Rt 2001 s 1076, Jørpeland-saken. Av denne dommen følger det som tidligere nevnt, at domstolen bare kan sette til side oppdragsgivers vurderinger dersom disse er vilkårlige eller urimelige. Det kan ikke gis noe generelt svar på hva det innebærer at en sammenholdelse er vilkårlig eller urimelig. Årsaken til dette er at avgjørelsen må foretas konkret på bakgrunn av forholdene ved anskaffelsen. Gjennom praksis er det likevel gitt enkelte retningslinjer for vurderingen.

I KOFA 2003/105 angis utgangspunktene for bedømmelsen av om en sammenholdelse er vilkårlig eller urimelig. Klagenemnda uttaler her at

”dersom innklagede ikke har angitt noen bestemt vekting av tildelingskriteriene på forhånd, vil dette samtidig sette rammer for oppdragsgivers skjønn ved evalueringen av tilbudene. En helt uventet vektlegging av enkelte kriterier kan således fremstå som usaklig eller vilkårlig. Kriteriene kan heller ikke gis en bestemt vekt i den hensikt å favorisere en bestemt leverandør”.

Et skjønn der oppdragsgiver har tillagt enkelte hensyn uforholdsmessig stor betydning i avgjørelsen, kan derfor settes til side av domstolene.

For å kunne avgjøre om et hensyn er tillagt uforholdsmessig stor betydning, må man finne ut hva som er normalen det eventuelt avvikes fra. Et naturlig spørsmål i denne sammenheng er om tildelingskriteriene i utgangspunktet skal telle likt. Dette spørsmålet ble behandlet av Førsteinstansdomstolen i sak T-183/00, Strabag. Oppdragsgiver hadde i en konkurranse benyttet åtte tildelingskriterier uten å angi deres innbyrdes rangforhold, og en av leverandørene hevdet at tildelingskriteriene dermed skulle tillegges lik betydning i avveiningen. Førsteinstansdomstolen avviste denne påstanden med følgende begrunnelse:

”Rätten noterar att rådet har räknat upp de åtta kriterierna för tilldelning i fråga utan att rangordna dem....Under sådana omständigheter behöver vart och ett av de åtta kriterierna, i motsats till vad sökanden har gjort gällande, inte ha samma tyngd om inget annat anges i kontraktshandlingarna. Rådet har nämligen inte bara ett stort utrymme för skönsmåsig bedömning med avseende på valet av kriterier för tilldelning av det kontrakt som det avser att välja, utan även med avseende på den relativa betydelse som det tillmäter olika kriterier... [min understrekning]”.¹³⁰

Førsteinstansdomstolen kom altså til at også vektingen av kriteriene til en viss grad falt inn under oppdragsgivers frie skjønnsutøvelse.

Høyesterett har imidlertid modifisert dette utgangspunktet noe. I Rt 1998 s 1398, Torghatten-dommen, var et av spørsmålene om oppdragsgiver hadde tillagt tildelingskriteriet ”fart og alder på båtene” for stor betydning. Denne saken gjaldt bruk av anbudskonkurranser i forbindelse med myndighetsutøvelse, men Høyesteretts uttalelse er av generell interesse for adgangen til å prøve tildelingskriterienes relative vekt. Oppdragsgiver hadde ikke prioritert tildelingskriteriene, men Høyesterett fant at priskriteriet likevel måtte tillegges stor betydning. Førstvoterende sier med tilslutning fra de øvrige dommerne at:

”...fylkeskommunen hadde brukt alternativet ’det økonomisk mest fordelaktige tilbud’. Det følger av anbudsforskriften § 20-1 sammenholdt med § 20-2 at fylkeskommunen da hadde en viss adgang til ikke å velge anbudet med lavest anbudssum. Denne valgfriheten påvirkes dels av hvor stor forskjellen i anbudssum er, og dels av hvor stor forskjellen mellom de andre relevante momentene er. Men anbudssummen må uansett ha stor vekt [min understrekning].”

Høyesterett legger altså til grunn at når tildelingskriteriene ikke er prioritert, skal priskriteriet likevel tillegges stor betydning i bedømmelsen. Uten at dette kommer

¹³⁰ jf sak T-183/00, Strabag, avsnitt 77

uttrykkelig fram, støtter antakelig Høyesterett denne betraktningen på det grunnleggende formålet om økonomisk effektivitet samt anskaffelsens siktemål som er å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

I den aktuelle saken hadde oppdragsgiver lagt avgjørende vekt på at en av de tilbudte båtene ville bruke ett minutt kortere tid på overfarten. Dette ble ansett for å veie tyngre enn en prisdifferanse på 221.000 kr. Selv om Høyesterett ikke former noen konklusjon på spørsmålet om sammenholdelsen var urimelig, går retten langt i å si at en slik vektlegging av tidsaspektet ville være urimelig og vilkårlig.

Utgangspunktet for domstolenes overprøving er dermed at det er en viss presumsjon for at oppdragsgiver skal velge tilbudet med lavest pris. Oppdragsgiver har likevel en skjønnsmessig adgang til å fravike dette utgangspunktet. Eventuelle vurderinger som begrunner valg av et annet tilbud enn det lavest prisede, kan bare overprøves dersom enkelte kriterier er tillagt uforholdsmessig stor vekt.

16.3 Prioritering av tildelingskriteriene

16.3.1 Prioriteringens rettslige betydning

En prioritering av tildelingskriteriene innebærer at kriteriene rangeres etter sin betydning. Hvis oppdragsgiver angir tildelingskriterienes prioritetsrekkefølge før innlevering av tilbudene, gis leverandørene kunnskaper om de eventuelle konsekvensene av innbyrdes motstrid mellom kriteriene.

Grunnen til at oppdragsgiver forhåndsprioriterer tildelingskriteriene, kan være at han ønsker å presisere aspektenes innbyrdes verdi slik at leverandørene kjenner til rammene for bedømmelsen. Slik vil leverandørene gis et bedre grunnlag for å utforme optimale tilbud.

En prioritering av tildelingskriteriene på forhånd gir også oppdragsgiver en mulighet til å tillegge tildelingskriteriene en betydning som avviker fra det naturlige utgangspunktet. Som nevnt er utgangspunktet at domstolene kan sette til side vurderinger der enkelte

tildelingskriterier er tillagt uventet stor vekt. Ved å prioritere tildelingskriteriene gis oppdragsgiver mulighet til å tillegge et kriterium en større eller mindre betydning enn hva som ville være normalt. I eksempelet foran ville det naturlige utgangspunktet være at prisen ble tillagt større betydning enn leveringstiden. Dersom en kort leveringstid var viktigere for oppdragsgiver enn en lav pris, kunne oppdragsgiver fravike dette utgangspunktet ved å gi kriteriet ”leveringstid” høyere prioritet enn ”pris”. Slik ville oppdragsgiver i den senere bedømmelsen kunne velge tilbudet med kortest leveringstid.

Angivelse av tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge kan på denne måten forrykke det opprinnelige rangforholdet mellom tildelingskriteriene. Den fastlagte prioriteringsrekkefølgen kan ikke overprøves av domstolene, men domstolene har fortsatt kompetanse til å sette til side tildelingsbeslutninger der den betydningen et kriterium er tillagt i vurderingen fremstår som usaklig eller vilkårlig. Forskjellen blir at ved prioriterte tildelingskriterier prøves oppdragsgivers bedømmelse opp mot den angitte prioritetsrekkefølgen og ikke mot kriterienes naturlige prioritet.

Ønsker oppdragsgiver å gå et skritt videre, kan tildelingskriteriene forhåndsvektes. En slik vekting av tildelingskriteriene innebærer at oppdragsgiver ikke bare oppstiller kriteriene i rangordning, men at han også fastlegger deres relative vekt. Dersom tildelingskriteriene ”pris” og ”kvalitet” angis i prioritert rekkefølge, vet man ikke med sikkerhet annet enn at prisen teller mer enn 50 %. Vektes tildelingskriteriene kan derimot aktørene med større sikkerhet fastslå hvor stor betydning de skal ha i forhold til hverandre.

Vektingen har også betydning for den eventuelle senere overprøvingen. Hvis tildelingskriteriene er vektet på forhånd, har oppdragsgiver kvantifisert kriterienes relative vekt. I evalueringen av tilbudene må oppdragsgiver holde seg til kriterienes tilmålte vekt, og domstolene gis derfor et bedre grunnlag for å prøve vurderingene som ligger til grunn for sammenholdelsen av tildelingskriteriene.

16.3.2 Er oppdragsgiver forpliktet til å forhåndsprioritere tildelingskriteriene?

Det kan stilles spørsmål om oppdragsgiver er forpliktet til å forhåndsprioritere tildelingskriteriene. Av anskfo § 10-2 (2) annet punktum følger det at tildelingskriteriene som benyttes i vurderingen, ”om mulig skal angis i prioritert rekkefølge”. Forskriften synes dermed å legge opp til at oppdragsgiver ikke bare skal oppgi tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, men at disse også skal prioriteres.

Omfanget av prioriteringsplikten avhenger av hvor strengt uttrykket ”om mulig” skal forstås. I sak T-183/00, Strabag, behandlet Førsteinstansdomstolen spørsmålet om hvordan det tilsvarende uttrykket i direktivteksten skulle fortolkes. Det utlyste oppdraget var i dette tilfellet så komplekst at oppdragsgiver ikke hadde sett seg i stand til å prioritere tildelingskriteriene. Førsteinstansdomstolen kom til at bestemmelsen ”...inte inneholder någon skyldighet, utan endast en rekommendation, att rangordna kriterierna för tilldelning av ett kontrakt”.¹³¹

Førsteinstansdomstolen konkluderer altså med at plikten til å prioritere tildelingskriteriene ikke er absolutt. Denne dommen er anket inn til EF-domstolen, men med mindre Domstolen kommer til et annet resultat, vil oppdragsgiver ikke være forpliktet til å avgjøre tildelingskriterienes prioritet før innleveringen av tilbud.

Dersom oppdragsgiver rent faktisk har bestemt prioritetsrekkefølgen før innlevering av tilbudene, har det vært mulig å angi tildelingskriterienes prioritet. I disse tilfellene tyder ordlyden i anskfo § 10-2 (2) annet punktum på at prioritetsrekkefølgen skal angis. Kravene til gjennomsiktighet og forutberegnelighet, jf anskl § 5, taler også for at prioriteten skal gis tilkjenne. På denne bakgrunn har Klagenemnda i flere saker ansett en prioritetsplikt for å foreligge i disse tilfellene.¹³² Dersom tildelingskriterienes prioritet er bestemt på forhånd, har oppdragsgiver dermed plikt til å offentliggjøre prioritetsrekkefølgen.

¹³¹ jf sak T-183/00, Strabag, avsnitt 77

¹³² jf KOFA 2003/3 og KOFA 2003/38

16.4 Evalueringsmodeller

16.4.1 Utgangspunkter

Bruken av såkalte evalueringsmodeller eller vektesystemer ved avgjørelsen av tildelingsspørsmålet, reiser enkelte særlige problemstillinger. De evalueringsmodellene som behandles i det følgende, forutsetter at hvert tilbuds score på de ulike tildelingskriteriene allerede er avgjort. Ved utformingen av modellen må oppdragsgiver videre fastsette tildelingskriterienes innbyrdes vekt. Evalueringsmodellene gir dermed ikke oppdragsgiver assistanse i disse vurderingene. Der tilbudenenes score på tildelingskriteriene og tildelingskriterienes relative vekt er bestemt, kan imidlertid matrisesystemet brukes til å regne ut hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Slik vil evalueringsmodellen kunne hjelpe oppdragsgiver med å se konsekvensene av sine vurderinger

	Tilbud A	Tilbud B
Pris 60 %	60	50
Kvalitet 30 %	15	27
Leveringstid 10 %	5	5
Sum	80	82

Figuren over gir et forenklet eksempel på en evalueringsmodell i en anbudskonkurranse der tildelingskriteriene ”pris”, ”kvalitet” og ”leveringstid” er benyttet. Hvis tilbudene totalt kan oppnå 100 poeng i konkurransen, må hvert tildelingskriterium gis en maksimal poengsum slik at summen av disse blir 100. Denne poengsummen beregnes ut fra tildelingskriteriets vekt i vurderingen. Skal priskriteriet for eksempel telle 60 % og kvaliteten 30 %, settes maksimal poengsum til henholdsvis 60 og 30 poeng. Tildelingskriteriet ”leveringstid” vil ha en vekt på 10 % og gi en maksimal poengsum på 10 poeng.

I en slik modell vil det tilbudet som er økonomisk mest fordelaktig, være det som får den høyeste poengsummen. Tilbud A som scorer 60 poeng på pris, 15 poeng på kvalitet og 5 poeng på leveringstid vil totalt få 80 poeng. Dersom tilbud B scorer 50 poeng på pris, 27 poeng på kvalitet og 5 poeng på leveringstid, vil dette få totalt 82 poeng. Her

ser vi at selv om det siste tilbudet har høyere pris, vil det totalt sett bli ansett som økonomisk mer fordelaktig. Årsaken til dette er at de kvalitets- og tidsmessige fordelene blir ansett for mer enn å oppveie de prismessige ulempene. Legges denne evalueringsmodellen til grunn, vil dermed ikke tilbudet med lavest pris bli ansett for å være det økonomisk mest fordelaktige av de to tilbudene.

16.4.2 Hensyn for og imot anvendelse av evalueringsmodeller

Hovedsiktemålet med bruk av evalueringsmodeller er å systematisere oppdragsgivers vurderinger og bidra til en bevisstgjøring omkring konsekvensene av vurderingene som foretas. Forutsatt at tallene som legges inn i matrisen, gir et korrekt bilde av oppdragsgivers preferanser, vil matrisesystemet peke ut hvilket av tilbudene som skal gå av med seieren i konkurransen. Evalueringsmodellene gir således hjelp til å avgjøre hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Modellene kan også gi bistand i en senere begrunnelse for tildelingsbeslutningen. Ved å henvise til resultatet av bruk av en vektematrise vil skjønnsutøvelsen komme klarere frem. Leverandører som føler seg forbigått, vil dermed få større innsikt i hvordan de skjønnsmessige avveiningene har falt ut, og de vil enklere kunne se hvilke deler av evalueringen de eventuelt ønsker å angripe. Tas det utgangspunkt i matriseeksemplet ovenfor, vil leverandør A kunne se hvorfor hans tilbud ikke ble valgt selv om det hadde lavest pris. For å kunne nå fram med et eventuelt omgjøringskrav, ser han da at han må kunne påvise enten at tildelingskriteriet ”kvalitet” er tillagt urimelig stor vekt, eller at den utmålte poengsummen tilbudene har fått på de ulike tildelingskriteriene, har vært gal. Ved at evalueringsmodellene på denne måten tydeliggjør for leverandørene hvorfor deres tilbud ikke nådde fram i konkurransen, bidrar de til å ivareta hensynet til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.

Ulempen med bruk av evalueringsmodeller ligger i modellenes forutsetninger. Klarer ikke oppdragsgiver utmåle riktig poengscore på de ulike tildelingskriteriene eller vektes tildelingskriteriene feil i forhold til oppdragsgivers behov, vil vektesystemet gi et galt bilde av tilbudenes verdi for oppdragsgiver. Da fastsettelsen av disse verdiene i stor grad beror på skjønn, er dette problemet høyst aktuelt. I matrisesystemet som er brukt i eksemplet ovenfor, så vi at tilbud B ble ansett for å være det økonomisk mest

fordelaktige. Denne avgjørelsen hviler imidlertid på at tildelingskriterienes vekt er satt riktig. Dersom den forholdsmessige vektingen av kvalitets- og tidskriteriene gir et feilaktig uttrykk for oppdragsgivers behov, kan dette føre til at vektesystemet utpeker feil tilbud som vinner av konkurransen. Om tilbudets kvalitetsmessige og tidsmessige sider i realiteten skulle ha vært like tungtveiende i vurderingen, slik at begge skulle vært angitt med en maksimal poengsum på 20 poeng, ville det være tilbudet med lavest pris som gikk av med seieren med 80 poeng mot 78. Et galt utarbeidet matriserisystem kan derfor medføre at oppdragsgiver ikke velger det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, noe som kan ha store økonomiske konsekvenser.

Denne innvendingen retter seg ikke mot evalueringssystemene i seg selv, men er snarere egnet til å påpeke at det stilles store krav til utarbeidelsen av et vektesystem. Klarer oppdragsgiver å oppstille de riktige parametrene for matrisen, vil ikke disse innvendingene gjøre seg gjeldende.

Ønskes en evalueringsmodell utformet før tilbudsfristen, må imidlertid oppdragsgiver forutse hva som er tildelingskriterienes riktige relative vekt, før tilbudene er innkommet. Denne forutsatte forhåndsbindingen av skjønnet kan by på store utfordringer. For eksempel vil evalueringsmodellene være lite robuste overfor tekniske utviklinger i markedet. En leverandør som på grunn av nyvinninger kan levere et tilbud av ekstremt mye bedre kvalitet enn de øvrige, vil kunne risikere at vektesystemet som benyttes for å vurdere tilbudene, er laget slik at dette fortrinnet ikke kan premieres i tilstrekkelig stor grad. De forhåndssatte grensene for hvor mye oppdragsgiver kan legge vekt på kvalitetsmessige fortrinn, vil dermed kunne føre til at oppdragsgiver ikke får det tilbudet som for ham er økonomisk mest fordelaktig.

16.4.3 Tilkjennegivelse av evalueringsmodeller

16.4.3.1 Evalueringsmodeller som ikke er utarbeidet før tilbudsfristen

Om oppdragsgiver ønsker å benytte en evalueringsmodell for å bedømme tilbudene, kan det spørres om han er forpliktet til å ferdigstille denne før tilbudsfristen slik at den kan gjøres kjent for de konkurrerende leverandørene.

En evalueringsmodell forutsetter at oppdragsgiver på forhånd vekter tildelingskriteriene, og Førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-183/00, Strabag, taler mot en slik plikt. I denne saken kom Førsteinstansdomstolen som nevnt til at oppdragsgiver ikke hadde en ubetinget plikt til å prioritere tildelingskriteriene dersom disse skulle tillegges ulik betydning i bedømmelsen. På bakgrunn av denne avgjørelsen virker det ulogisk at oppdragsgiver skal pålegges en plikt til å gjøre det mer, vekte tildelingskriteriene.

Denne forståelsen er også lagt til grunn av Klagenemnda. I KOFA 2003/38 hadde oppdragsgiver utarbeidet en matrise for å bedømme de innkomne tilbudene. Denne matrisen var imidlertid ikke ferdiglaget på tidspunktet for kunngjøringen og utleveringen av konkurransegrunnlag, og matrisen var derfor ikke gjort kjent for leverandørene. Klagenemnda måtte dermed ta stilling til spørsmålet om eventuelle evalueringsmodeller som skal benyttes for å evaluere de innkomne tilbudene, må utarbeides før utløpet av tilbudsfristen. Med støtte i Førsteinstansdomstolens avgjørelse i *Strabag-dommen* kom Klagenemnda til at en slik plikt ikke kunne utledes av anskaffelsesreglementet. Dette synet på rettstilstanden er lagt til grunn også i en senere sak om samme spørsmål.¹³³

På bakgrunn av praksis fra Førsteinstansdomstolen samt samstemte avgjørelser fra Klagenemnda blir konklusjonen at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å ferdigstille evalueringsmodeller som ønskes benyttet i konkurransen, før tilbudsfristen.

16.4.3.2 Evalueringsmodeller som er utarbeidet før tilbudsfristen

Et annet spørsmål er om oppdragsgiver er forpliktet til å offentliggjøre en evalueringsmodell som er ferdigstilt og ment brukt før tilbudsfristen. Verken anskl eller anskfo gir noen veiledning i dette spørsmålet.

EF-domstolen har heller ikke tatt uttrykkelig stilling til spørsmålet om oppdragsgiver er forpliktet til å legge frem evalueringsmodeller som er ment brukt og rent faktisk er ferdigstilte før tilbudsfristen. Domstolen avgjorde imidlertid et liknende spørsmål i sak C-470/99, *Universale Bau*. Denne avgjørelsen omhandlet spørsmålet om oppdragsgiver

¹³³ se KOFA 2003/105

var forpliktet til å gi tilkjenne en matrise for evaluering av leverandørenes kvalifikasjoner. Denne matrisen var utformet før kunngjøring av konkurransen og utlevering av konkurransegrunnlag, men var ikke tatt inn i noen av disse.

EF-domstolen kom til at oppdragsgiver hadde vært forpliktet til å offentliggjøre evalueringsmodellen. Belegg for dette synet finner Domstolen hovedsakelig i den grunnleggende forpliktelsen til gjennomsiktighet i prosedyren slik denne er lagt til grunn i tidligere praksis fra Domstolen.¹³⁴ I sak C-324/98, Telaustria og Telefonadress, som omhandlet en konsesjonskontrakt for utgivelse av telefonkataloger i Østerrike, uttaler Domstolen i avsnitt 62 at gjennomsiktighetsforpliktelsen innebærer en plikt til å

”... sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske”.

Dersom evalueringsmodellen tilkjennegis, vil samtlige leverandører ha kunnskaper om hvordan tilbudet forventes utformet, noe som vil gi dem et likt utgangspunkt i konkurransen.

Ytterligere støtte for en plikt til tilkjenneivelse finner Domstolen ved å vise til at gjennomsiktighetsforpliktelsen har gitt seg utslag i fremleggelsesplikter i andre faser av anskaffelsen. Blant annet trekkes plikten til å prioritere tildelingskriteriene i art 30 annet ledd i dir EØF/93/37, som tilsvarer forskriften § 10-2 (2) annet punktum, fram.¹³⁵

På bakgrunn av disse momentene konkluderer Domstolen med at en plikt til fremleggelse av matrisen er den eneste forståelsen av anskaffelsesreglementet som ivaretar gjennomsiktighetsforpliktelsen slik at likebehandling av leverandørene sikres.

¹³⁴ jf C-470/99, Universale Bau, avsnitt 90-94

¹³⁵ jf op. cit. avsnitt 95-98

Selv om denne avgjørelsen omhandler et annet spørsmål enn det som behandles her, bruker altså Domstolen plikten til å offentliggjøre prioriterte tildelingskriterier som et ledd i begrunnelsen. Som nevnt må tildelingskriteriene vektas for å kunne vurderes i en evalueringsmodell. En eventuell plikt til å fremlegge evalueringsmodellene vil derfor gå lengre enn plikten til å prioritere tildelingskriteriene. Det ville imidlertid gitt dårlig sammenheng i regelverket dersom art 30 annet ledd i dir EØF/93/37 kunne brukes som et støtteargument for en plikt til å legge fram en matrise i en annen fase av konkurransen, og bestemmelsen ikke selv kunne strekkes for å pålegge tilkjenneivelse av evalueringsmodeller innenfor sitt eget anvendelsesområde. Av denne grunn bør Domstolens uttalelser ha overføringsverdi til spørsmålet om fremleggelsesplikt av evalueringsmodeller for bedømmelse av tilbud.

Domstolen argumenterer også med gjennomslutthets- og likebehandlingshensyn på generelt grunnlag. Dette støtter opp om at konklusjonen om fremleggelsesplikt som Domstolen utleder av kravene, ikke skal begrenses til kvalifikasjonsfasen.

Enkelte av motargumentene i saken for Domstolen gjør seg heller ikke gjeldende med samme tyngde i forhold til matriser for evaluering i tildelingsfasen. Her er det særlig et argument som må trekkes fram. I Generaladvokatens forslag til avgjørelse avsnitt 88 påpekes det at dersom matrisen for utvelgelse av leverandører tilkjennevis på forhånd, vil det være en risiko for at leverandører vil tilpasse de opplysninger som blir gitt, til hva som blir vektlagt i matrisen. Dette vil igjen kunne føre til at oppdragsgiver ikke får et så omfattende bilde av leverandørenes kvalifikasjoner som ønskelig, og konsekvensen kan bli at ikke-kvalifiserte leverandører blir invitert til å delta i konkurransen. En slik innvending har ingen parallell i forhold til en tilkjennevisningsplikt for evalueringsmodeller i tildelingsfasen. Her vil opplysningene tvert imot kunne være av det gode ettersom leverandørene gis muligheten til å skreddersy sine tilbud i tråd med oppdragsgivers behov. Det er derfor mindre betenkeligheter forbundet med et fremleggelseskrav i tildelingsfasen enn i kvalifikasjonsfasen. Dette forhold støtter opp om at oppdragsgiver også skal være forpliktet til å fremlegge evalueringsmodeller for tildelingen.

Klagenemnda har da også lagt til grunn at oppdragsgiver er forpliktet til å offentliggjøre evalueringsmodeller som er ferdigstilt før tilbudsfristen. I KOFA 2003/3 hadde Forsvarsbygg invitert til en anbudskonkurranse i forbindelse med bygging av familieboliger på Setermoen. Det var før tilbudsfristen utarbeidet en evalueringsmodell for å vurdere de innkomne tilbudene. Klagenemnda fant, med støtte i *Universale Bau-dommen*, at oppdragsgiver hadde vært forpliktet til å gjøre dette vektesystemet tilgjengelig for leverandørene ved utarbeidelsen av tilbudene. Dette synet er fulgt opp i to senere saker.¹³⁶ Klagenemnda har derfor lagt seg på en klar linje i retning av en plikt til fremleggelse av ferdigstilte evalueringsmodeller.

Samlet sett bør dermed EF-domstolens argumentasjon i *Universale Bau-dommen* gis overføringsverdi i forhold til spørsmålet om plikt til fremleggelse av en evalueringsmodell for tildelingsbeslutningen utarbeidet før tilbudsfristen. Konklusjonen blir at oppdragsgiver er forpliktet til å offentliggjøre en evalueringsmodell som er ferdigstilt før tilbudsfristen.

16.5 Rettsutvikling – forslag til nytt direktiv

16.5.1 Kommisjonens opprinnelige forslag

I forslaget til nytt direktiv tar Kommisjonen til orde for at oppdragsgiver skal være forpliktet til å vekte tildelingskriteriene før innleveringen av tilbud.¹³⁷ Som det kommer frem av preamblets betraktning 30, er denne plikten begrunnet i kravet til gjennomsiktighet. Etter Kommisjonens syn sikrer ikke en prioritering av tildelingskriteriene at dette kravet overholdes fordi oppdragsgiver gis stor skjønnsfrihet. Årsaken er at der to kriterier er oppstilt i prioritert rekkefølge, gir ikke prioritetsrekkefølgen uttrykk for annet enn at tildelingskriteriet med best prioritet skal telle mellom 99 % og 51 % i evalueringen. Den skjønnsmessige friheten oppdragsgiver dermed får til å fastlegge tildelingskriterienes innbyrdes vekt, åpner for manipulering av bedømmelsen i strid med kravet til likebehandling. For å hindre denne muligheten ønsker derfor Kommisjonen at tildelingskriterienes vekt skal angis eksplisitt.

¹³⁶ se KOFA 2003/38 og KOFA 2003/105

¹³⁷ jf COD 2000/115 art 53.2

Kommisjonen ser problemene som kan være forbundet med en presis angivelse av tildelingskriterienes vekt. Av denne grunn åpnes det for at vektingen kan angis i intervaller, slik at kun rammene for vektangivelsen oppgis. I konkurranser der ”pris” og ”kvalitet” er de eneste tildelingskriteriene, vil for eksempel priskriteriet kunne vektes fra 55 % til 65 % mens kvaliteten da vil vektes fra 35 % til 45 %. Selv om denne vektangivelsen ikke er like presis som den eksakte angivelsen av vekten, vil den likevel tilfredsstille kravet til gjennomsiktighet i større grad enn en prioritering av tildelingskriteriene.

Ved spesielle tilfeller gis det også en snever dispensasjonsadgang fra plikten til å angi kriterienes vekt.

16.5.2 Innspill på forslaget

Dette forslaget møtte sterk motbør i Regionsutvalget. Utvalget påpeker at rammene for tildelingsbeslutningen ikke alltid kan angis med matematisk presisjon, og viser til de praktiske problemene forbundet med en presis vektangivelse.¹³⁸ Det anføres at det for eksempel vil være vanskelig å angi vekten til et tildelingskriterium som ”estetikk”. Grunnen er at kriteriets betydning i konkurransen i stor grad vil være avhengig av de innkomne tilbudene. Der et tilbud utmerker seg med en estetisk fremragende løsning, vil det være naturlig å tillegge kriteriet større vekt, mens der tilbudene er noenlunde likestilte, vil behovet for vektlegging være mindre. I slike tilfeller vil oppdragsgiver ofte istedenfor ønske å tillegge andre parametere som prisen, større vekt.

16.5.3 Kommisjonens endrede forslag

I sitt endrede forslag til direktiv velger Kommisjonen å se bort fra innvendingene mot plikten til å vekte tildelingskriteriene. I begrunnelsen for at forslaget om å fjerne forpliktelsen ikke ble tatt til følge, sier Kommisjonen at plikten til å vekte tildelingskriteriene er et viktig middel for å hindre favorisering av leverandører. En plikt

¹³⁸ jf CDR 312/2000 punkt 2.6.3 flg

til å vekte blir videre ansett nødvendig for å gi leverandørene tilstrekkelige opplysninger til å utarbeide optimale tilbud.¹³⁹

Hvis dette forslaget vedtas, vil følgelig utgangspunktet være at tildelingskriterienes vekt skal angis i kunngjøring eller konkurransegrunnlag. Dette er en innstramning i forhold til dagens regelverk.

¹³⁹ jf KOM 2002/236 endringsforslag 99

17 Litteraturliste

Arnesen, Finn: *Introduksjon til rettskildelæren i EF*, 3. utgave, Oslo 1995

Arnesen, Finn og Graver, Hans Petter: *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler*, Oslo 2000

Bakke, Tuva Aas: *Offentlige anskaffelser i Norge og EØS : kjøp av rådgivningstjenester innen bygg- og anleggssektoren*, Oslo 1996

Due, Ole: *Hvad mener de dog? I*: Festskrift til Ole Lando, København 1997

EØS-rett, Sejerstedt, Fredrik mfl., Oslo 1995

Gjønnes, Arnhild Dordi: *Håndbok for offentlige anskaffelser i EØS/EU*, Oslo 1994

Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*, 2. utg. Oslo 2002

Graver, Hans Petter: *Forvaltningsrett i markedsstaten : studier i europeisering av forvaltningsretten*, Bergen 2002

Hagstrøm, Viggo: *Obligasjonsrett*, i samarbeid med Aarbakke, Magnus, Oslo 2003

Simonsen, Lasse: *Prekontraktuell ansvar : det alminnelige prekontraktuelle ansvar, ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranser*, Oslo 1997

Wahl, Andreas; Eide, Tom Melbye og Roll-Matthiesen, Inger: *Lov om offentlige anskaffelser mv av 27. november 1992 nr 116 med forskrifter kommentarutgave*, Oslo 1995

Woxholt, Geir: *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, Oslo 2001